



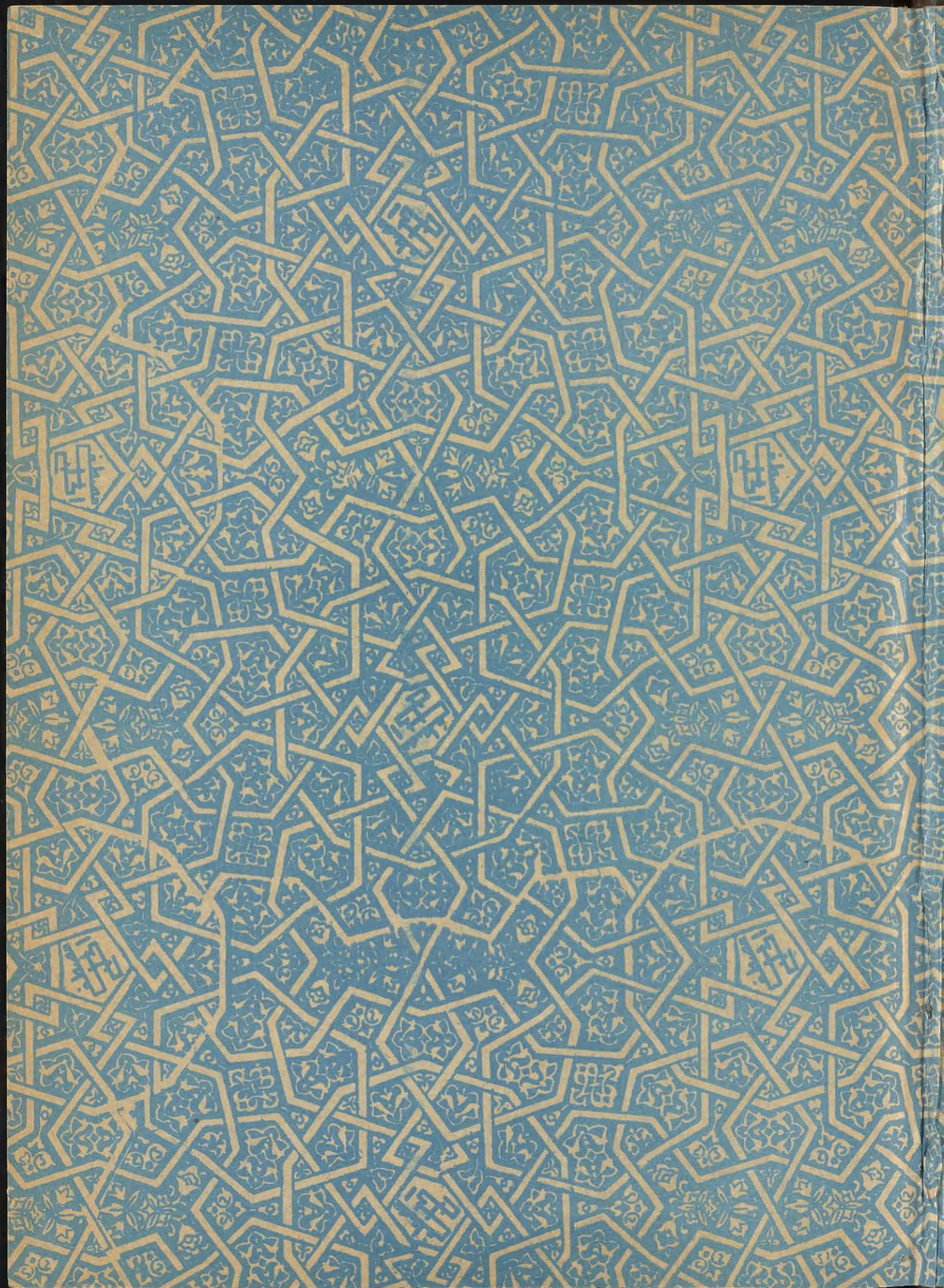


Columbia University  
in the City of New York

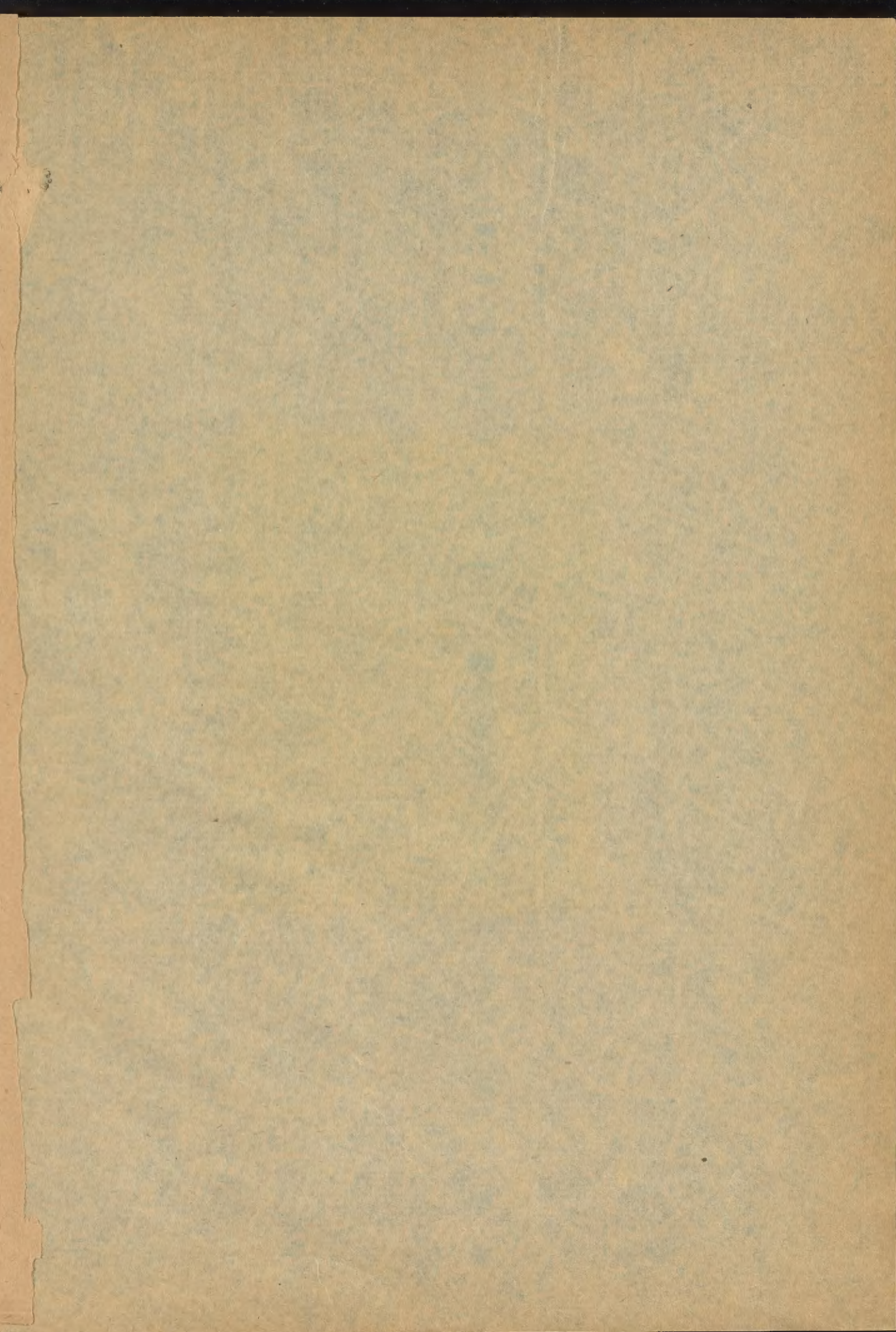
THE LIBRARIES













الجزء السادس

من

كِتَابُ  
بَدَائِعِ الصَّحَا  
فِي  
تَرْبِيَةِ الشُّرَافِ  
سَيِّدِ الْيَتَمِ

(الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب  
(بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجرية)

الطبعة الاولى

سنة ١٣٢٨ هـ — سنة ١٩١٠ م

على نفقة سعادة محمد أسعد باشا جاري زاده

(وفضيلة الحاج مراد أقدي جاري زاده — ومحمد أمين الخانجي الكتي وشركاه)

تنبيه لا يجوز لأحد أن يطبع كتاب البدائع من هذه النسخة وكل من طبعها يكون  
مكلفاً بأبرار أصل قديم ثبت أنه طبع منه والا يكون مسؤولاً عن التعويض قانوناً

طبع بمطبعة الجمالية - بمصر

(الكاتبة بحارة الروم بعطفة التتري)

(لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه — واحمد عارف)



## بسم الله الرحمن الرحيم

### كتاب الكفالة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الكفالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الكفالة وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج أنه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الإيجاب والقبول الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا علي أو أبو قتادة رضي الله عنهما هما على يارسول الله فصلى عليها ولم يتقبل قبول الطالب ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعا لتعليك ألا يرى أنه يحتمل الجمالة والتعليق بالشرط والتعليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبهه النذر والدليل عليه أن المريض إذا قل عند موته لورثته اضموا عني ما على من الدين لغرمائي وهم غيب فضموا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأي فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التملك لما ذكره والتعليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسألة المريض نذكره من بعد أن شاء الله تعالى فإذا عرفت أن ركن الكفالة الإيجاب والقبول فلا إيجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أولك على أولك قبلي أولك عندي (أما) لفظ الكفالة والضمان فصرحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وتقبلت به أي كفلت قال الله تعالى أو يأتي بالله والملائكة قبيلا أي كفيلا يكفلوني بما يقول والحميل بمعنى



الحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبي عن تحمل الضمان وقوله على كلمة ايجاب وكذا قوله الى  
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فالى وعلى وقوله قبل ينبي عن القبالة وهي  
الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندي وان كانت مطلقة للوديعة لكنه يقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندي يحتمل  
اليدوي يحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعاً فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند  
قرينة الدين يحمل على الذمة أى في ذمتي لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول  
قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة في الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون  
مطلقاً أو مقيداً بوصف أو معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت فان كان مطلقاً فلا شك في جوازه اذا استجمع شرائط  
الجواز وهي ما ذكرنا شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حلالاً كانت الكفالة حالية وان كان الدين  
عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتتقيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا  
يخلو اما ان كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت  
معلوم بأن كفل الى شهر أو سنة جازم ان كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى أجل مثله يتأجل اليه في حق الكفيل  
أيضاً وان سمي الكفيل أجلاً من ذلك أو أنقص جازلاً ان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد  
منهما بتأخير حقه وان كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلاً في حقهما جميعاً في  
ظاهر الرواية وروى ابن سباعة عن محمد أنه يكون تأجيلاً في حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب  
خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان  
التأجيل في نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة بخلاف  
ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤثر في المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل  
ولو كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى سنة فكفل به مؤجلاً الى سنة أو مطلقاً ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل  
الدين في ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا الوات الكفيل دون الاصيل يحل الدين في مال الكفيل وهو على  
الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد في حق أحدهما دون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان  
يشبه آجال الناس كالخصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل الى هذه الاوقات جازعاً عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله  
لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحمّلها  
الكفالة وهذا لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير وجملة التقديم  
والتأخير لا تقضي الى المنازعة في باب الكفالة لانه يسامح في أخذ العقد ما لا يسامح في غيره لا مكان استيفاء الحق  
من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت  
الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جازاً يضل ما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح  
فالاصل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطلت وبقيت  
الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ممن مبيع ولا يوجب  
ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداءً بمنزلة التأخير في الكفالة ولا يؤثر في البيع فكذا هذا اذا كانت  
الكفالة مؤجلة فاما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالاً  
أو مؤجلاً لما ذكرنا ان المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل ولو كفل حالاً ثم أجله  
الطالب بعد ذلك يتأخر في حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل في العقد لما ذكرنا  
من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالاً فأخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيراً في حق  
الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فاما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطاً سبباً لظهور



الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الاداء في الجملة جازبان قال ان استحق المبيع فأننا كفيل لان استحقاق المبيع  
سبب لظهور الحق وكذا اذا قال اذا قدم زيد فأننا كفيل لان قدومه وسيلة إلى الاداء في الجملة لجواز أن يكون  
مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الاداء في الجملة لا يجوز بأن  
قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأننا كفيل لان الكفالة في معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن  
لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرط الحق به تعلق بالظهور أو التوصل اليه في الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولا ان الكفالة  
جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك  
فلان أو ان بايعت فلانا فانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان  
ضيمتك فانا ضامن لم يحجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبي  
حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من بايعك  
من الناس لم يحجز لا من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه مجهول وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال  
ضمنت لك ماعلى فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكد لمعنى التوصل الى ما هو المقصود وكذا لو قال  
ان خرج من المصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه جاز لان  
هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا اسائر أنواع الكفالات في التعليق بالشرط  
والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل في معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان  
حالا على أنك متى طلبته فلى اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله اجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو  
شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يحجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احدهما حالة  
مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى  
حكم التأجيل فبأن يأخذه بالكفالة الحالة هذا معنى قوله في الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان  
التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه  
لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفلى الى قدوم زيد جاز ولو كفلى مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يحجز لما  
ذكرنا كذا هذا ولو كفلى بنفس المطلوب على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه ما عليه وهو الالف فضى الوقت ولم يوافق به  
فالمال لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفلى بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم  
الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد  
محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط  
لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه مالا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه  
ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة  
الى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفلى لامرأة بصداقها ان لم يوافق الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم  
للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت ديننا في الذمة بدلا عما  
ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفلى بنفس رجل وقال ان لم يوافقك به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التي عليه أو  
الالف التي ادعيت والمطلوب يتكرر فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله  
لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذا ايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال  
ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قولهما ان مطلق الالف ينصرف الى  
الالف المعهودة وهى الالف المضمونة مع ما ان في الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفي الصرف الى ما عليه  
صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفلى بنفسه على أن يوافق به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التي عليه



جاز لانه كفيل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافقة بالنفس عند طلب الموافقة وهذا شرط ملائم  
 للعقد لما ذكرنا فاذا اطلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برى لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال  
 لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة بالنفس عند الطلب ولو قال اتقني به عشيّة أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد  
 فان لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله  
 الكفيل فأتي به فهو برى من المال لانه بالتأخير أطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كانه طلب منه  
 من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجد برى من المال ولو كفّل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برىء فوافاه من الغد  
 ببرأ من المال في رواية وفي رواية لا ببرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برىء تعليق البراءة  
 عن المال بشرط الموافقة بالنفس والبراءة لا تحتل التعليق بالشرط لان فيها معنى التمليك والتليكات لا يصح تعليقها  
 بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافقة بل هو جعل الموافقة غاية للكفالة بالمال  
 والشرط قيد ذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والاول أشبه ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه في مجلس  
 القاضي جاز لان هذا شرط مفيد و يكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على احضاره مجلس القاضي تسليما الى  
 القاضي لما ذكرنا ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يسلمه اليه في مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح  
 التعيين عند أبي حنيفة وعندهما يصح على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى  
 لو دفعه اليه عند القاضي أو عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفّل بنفسه فان لم  
 يواف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى  
 شيء فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا  
 يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها أو أقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا  
 اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفّل بنفسه على انه ان لم يواف به الى شهر فعليه ما عليه فوات الكفيل  
 قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل  
 ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط ثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة  
 السبب صحيح ولهذا وكفّل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لان الثلث (وأما) الضرب مع  
 الغرماء فلا يستواء الدينين وكذا الوات المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم  
 نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى  
 وقت بان ضمن ما ادا ان له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما ادين فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو  
 ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا في الحال والكفالة ان كان  
 فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فثمنه على أو ما بايعت أو الذي  
 بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثن أول المبايعه ولا يؤاخذ  
 بثن ما بايعه بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذي للعموم وقد دخلت على المبايعه فيقتضى تكرار  
 المبايعه ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله ان بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى  
 المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذي يرجع  
 الى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي  
 والمجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الاب أو الوصي لو استدان ديننا في ثقة اليتيم وأمر  
 اليتيم أن يضمّن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يحجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط



لا يزيد الا تأكيدا فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يحز  
(ومنها) الحرية وهي شرط فإذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له في التجارة لانها تبرع  
والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولو كتمها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل  
لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ ولو اذن له المولى  
بالكفالة فان كان عليه دين لم يحز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة  
بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبي لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان صاحب  
الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء اذن له المولى أو لم يأذن لان اذن المولى لم يصح في حقه وصح في حق القن  
ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانهما يملكان التبرع عليه  
وأما حجة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع (وأما) الذي  
يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادر على تسليم المكفول به اما بنفسه واما ببنائه عند أبي حنيفة فلا تصح  
الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافي بقاء الدين  
لانه مال حكى فلا يفتر بقاءه الى القدرة ولهذا بقي اذامات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته  
مفلسا واذامات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح البراء عنه والتبرع (وجه) قول أبي حنيفة  
ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان  
بدين ولادين عليه واذامات مليا فهو قادر ببنائه وكذا اذامات عن كفيل لانه قائم مقامه في قضاء دينه (وأما)  
البراء والتبرع فهما في الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن  
المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهبة هذا القدر منه فالما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة  
فلا على ما عرف في الخلافات والثاني أن يكون معلوما بان كفل ماعلى فلان فالما اذا قال على أحدم الناس أو بعين  
أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه  
غير معروفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ماعلى الاصل  
مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطلب به في الجملة فاشبه الكفالة  
بالدين المؤجل وأما الصبي والمجنون فلان الدين في ذمتها والمولى مطالب به في الحال ويطلبان أيضا في الجملة وهو  
ما بعد البلوغ والافاقية فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن الصبي والمجنون الا أن الكفيل لا يملك  
الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنهم لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته  
فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة في الغالب في مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة  
فيهما أجوز ما يكون (وأما) الذي يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من  
الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثيق (ومنها) أن يكون في مجلس  
العقد وانه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه  
الخبر فأجاز له التجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبي يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل انها جائزة  
على قوله الآخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا بشرط النفاذ ولا بشرط انعقاد لان محمدار بايطلق  
الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يحجز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ في اللغة يقال  
جاز السهم اذا نفذ (وجه) قول أبي يوسف الآخر ما ذكرنا في صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو  
الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسئلة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان  
فيه معنى التملك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شرط العقد فلا يقف على غائب



عن المجلس كاليصع مع ما اتنا عمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولشبه التملك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبار الشبهين بقدر الامكان (وأما) مسئلة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعدموته لا بطريق الكفالة و يكون قوله اضمنوا عني ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئا لا يلزم الورثة شيء فعلى هذا لا يلزم وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة ووجه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرائه وشرح هذه الاشارة والله عز وجل أعلم ان المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله و يصير بمنزلة الاجنبي عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق التبريم ولو قال أجنبي للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا اضمننا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تفرع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لان القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل القبول (وأما) الذي يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان دينيا أو عينيا أو نقسا أو فعلا ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا الا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس أما العين فنوعان عين هي أمانة وعين هي مضمونة أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الاجير لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كاليصع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه و رد مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح بالنوع الثاني لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء ولكن يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا ترى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لا شيء على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان في الوجه الاول الواجب على الاجير فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فلم تجز وفي الوجه الثاني الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكر البدن كما في باب الطلاق والعتاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في حق وجوب التسليم لا



تتجزأ وذ كر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذ كر لكه كافي الطلاق والعناق واذا أضافها الى اليد أو الرجل ونحوهما من  
الاجزاء المعينة لا تجوز لان هذه الاعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذ كرها  
ذ كرأ لجميع البدن كافي الطلاق والعناق ولو قال في الكفالة بالنفس هو على جاز لان هذا صريح في التزام تسليم  
النفس وكذا اذا قال أنا ضامن لوجهه لان الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفة لا تصح لان المعرفة لا تحتمل أن  
تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لان المضمون غير معلوم أصلاً ثم ما ذ كرنا من  
الكفالة بالنفس والعين والفعل انها صحيحة وما ذ كرنا من التفرعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله انها  
غير صحيحة ( وجه ) قوله ان الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك ان الكفالة التزام الدين فكان  
محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف الى غير محله باطل ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة  
والقدرة على الاعتاق لا تتحقق ( ولنا ) قوله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة  
بالعين عن الامم السالفة ولم يغير والحكيم اذا حكى عن منكر غيره ولا ن هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة  
والتابعين الى زمن الشافعي رحمه الله فكان الانكار خروجاً عن الاجماع فكان باطلا وما ذ كرنا ان هذه الكفالة  
أضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام  
الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في  
حق الاصيل كالدين عبد مقرر بالرق في يدرجل فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه فأبق فهو باطل لانه كفيل بما ليس  
بمضمون وكذا لو كفيل بعد اباقه لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على انسان انه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم انه حر  
وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لاشي على الاصيل لما ذ كرنا ولو كان المدعى في  
يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا ان استحقته بحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه  
فالكفيل ضامن كل قيمته لان باقامة البينة تبين انه كفيل بمضمون صبي في يدرجل يدعى انه ابنه وادعى رجل آخر  
انه عبده فضمن له انسان فأقام المدعى البينة وقدمات الصبي فالكفيل ضامن لما ذ كرنا أنه لما قامت البينة تبين انه  
كفيل بمضمون وعن محمد فيمن ادعى على انسان انه غصبه عبد أقبل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذي  
يدعى فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه لانه كفيل بمضمون على الاصيل وهو احضاره مجلس القاضي فان  
هلك واستحقته بيينة فهو ضامن لقيمه لانه تبين انه كفيل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى انه غصبه الف  
درهم واستهلكها أو عبد أو مات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته  
ولا يقف على اقامة البينة لان بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفيل بمضمون على  
الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الاول لان هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل باقامة البينة فتوقف  
عليها والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة  
بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تعيد الكفالة فأدتها وهنأ شرط ثالث لكنه يخص الدين  
وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب ملك  
استقاط الدين عن نفسه بالتعجز لا بالكسب بمضمون وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في  
النفس وما دونها وبجد القذف والسرقة اذا بذلها المطلوب فأعطاهها كفيلاً بخلاف بين أصحابنا وهو الصحيح  
لانه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وانما  
الخلاف انه اذا امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضي عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف  
ومحمد يجبره ( وجه ) قولهما ان نفس من عليه القصاص والخدم مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه  
الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولا ي حنيفة ان الكفالة شرعت



وثيقة والحدود مبناه على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل  
 يزكية الشهود والحبس توثيق لأن الحبس للنهمة لا للتوثيق لأن شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن إیراث  
 نهمة ف كان الحبس لا بجل النهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على إعطاء الكفيل في التعزير لأنه لا يحتال لدرئه لكونه  
 حق العبد ( وأما ) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لأنه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل  
 والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود  
 والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تقيد الكفالة فائدها وهما شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن  
 يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك إسقاط  
 الدين عن نفسه بالتمجيز لا بالكسب فلو أجزأ الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (أما) أن يملك الكفيل إسقاطه  
 عن نفسه كما يملك الاصيل ( وأما ) أن لا يملك فان ملك لا تقيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزام ما على الاصيل  
 فلا يتحقق التصرف كفالة ولا نالوا أجزأ هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الاصيل لأن المكاتب  
 إذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً لم يفسد بطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه  
 على الاصيل وهذا خلاف ما توجب الأصول ولأن الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه ولا عرف في  
 الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لأن غيره من  
 الديون إنما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لو لا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين  
 الكتابة أصلاً لوجوب دين آخر عليه فلم يتم تجز الكفالة بالأصل فلان لا تجوز بالقرع أولى وأحرى ولا تجوز  
 الكفالة ببدل السعاية عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر  
 عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل  
 بأحد شيئين غير عيين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لأن هذه جهالة  
 مقدورة الدفع بالبيان فلا تنع جواز الكفالة وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه  
 جاز ويرأ بدفع واحد منهما إلى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لأن  
 جهالة قدر المكفول به لا تنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز  
 شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهد فضاهاه باطل  
 عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما أن ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند  
 استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولا في حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتل الدرك وتحتل الصحيفة  
 وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهد بين أن تكون بمضمون وغير  
 مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو  
 كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وإذا استحق المبيع لم يخاصم المشتري  
 البائع أولاً فإذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً  
 في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه قال الكفيل يكون خصماً هذا إذا كان المبيع ماسوى العبد فان كان  
 عبداً فظهر أنه حر بالينة فلم يشتري أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو اتفق البيع بينهما بماسوى الاستحقاق بالرد  
 بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل لأن ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك  
 لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحققت الدار ونقض  
 عليه البناء فلم يشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بناءه مبنيماً إذا سلم النقص إلى البائع وإن لم يسلم لا يرجع عليه إلا  
 بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء والتالف ولو سلم النقص



الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن ويأخذ البائع بقيمة البناء في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً أن شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل وأخدمته قيمة الجارية وقيمة الولد والعرقان المشتري يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يؤخذ الكفيل بقيمة الولد والمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفّل بماله على فلان فقامت اليئنة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفّل بمضمون على الاصيل وان لم تتم اليئنة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يقربه أما القول قوله في المقر به لانه مال لازم بالزامه فيصدق في القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما المين فلانه منكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه في الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان حجة في حق نفسه لا في حق غيره لانه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعى الا بحجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الكفالة فنقول والله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الاصيل عند عامة مشايخنا ويطرد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات لان الكل في احتمال هذا الحكم على السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحداً يطالب بكل الدين وان كان به كفيلاً بالدين ألف يطالب كل واحد منهما بمائة اذ لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتل الانقسام فيقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً وان كان غائباً يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على احضاره لانه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلزمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضاً بينه وبين أشغاله ولا يمنع من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان كانت هالكة ويطالب الكفيل بتسليم العين وبالفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتبة عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعذر الدين حسب تعدد المطالبة وبه أخذ شيخه الامام الشافعي رحمه الله وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين وهذا غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانهام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر فأما راء الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معني أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها في معنى الحوالة أيضاً وقال ابن أبي ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنفي عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة بما على الاصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم ولان الكفالة لو كانت مبرئة لسكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الاسامي دليل تغاير المعاني في الاصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الا آخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فاذا اختار تضمين أحدهما يملك اختيار تضمين الآخر ( ووجه ) الفرق ان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون



لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشريك السكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لأنه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولاً إلى المعتق عند اختياره لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسعى وهو رقيق وإنما يعتق كله بإداء السعاية وبينهما تناف ولا تناف ههنا لأن الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك المطالبة الآخر والثاني ثبوت ولاية المطالبة الكفيل الأصل إذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع كلها ثم إذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل يتسلم نفسه إلى الطالب إذا طالبه وإن كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت هالكة إذا طوّل به وإن كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وإن كانت بدین يطالب به بالخلاص إذا طوّل فكما طوّل الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص وإن حبس فله أن يحبس المكفول عنه لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وإن كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الأصل إذا لزم ولا حق الحبس إذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو وإن كانت الكفالة بأمره لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتملك على ما ذكره وكل ذلك يقف على الادعاء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه لأن هناك الثمن يقابل المبيع والملك في المبيع كما وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالب به وهنا المطالبة بسبب القرض أو التملك ولم يوجد هنا وأدّى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره لأن الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض وهو طالب القرض من الكفيل والكفيل بإداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الادعاء إلى الطالب وفي حق الطالب تملك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري بملك الشراء بالمبيع لا غير هذا

**فصل** وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فتقول والله التوفيق أما الكفيل بالمال فأنما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الادعاء سواء كان الادعاء من الكفيل أو من الأصل لأن حق المطالبة للتوصل إلى الادعاء فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصل لأن الهبة بمنزلة الادعاء لما ذكرنا وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصل لأن الصدقة تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثاني الإبراء وما هو في معناه فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الأصل خرج عن الكفالة غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصل وإذا أبرأ الأصل يبرأ الكفيل لأن الدين على الأصل لا على الكفيل إنما عليه حق المطالبة فكان إبراء الأصل إسقاط الدين عن ذمته فإذا اسقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لأن المطالبة بالدين ولا دين محال فإبراء الكفيل فإبراءه عن المطالبة لا عن الدين إذ لا دين عليه وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لأن حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فإذا اسقطت تنهى إلا أن إبراء الأصل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصديق عليه وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصديق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى وإذا ارتدت هذه التصرفات برد الأصل عاد الدين إلى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل يختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الأصل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله إن هذا بمنزلة مال أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما أن أبرأه بعد موته أبرأه ولو رثته لا هم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وإبراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لأنهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقصر حكم الإبراء عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال لأن هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لأنه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التي هي غايتها



نفسه هي براءة القبض والاستيفاء برأ جميعاً لأن استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل  
 اذا كانت الكفالة بأمر لماد كرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فكذلك عند أبي يوسف وهذا وقوله برئت  
 الى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمدان البراءة عن  
 المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالبراءة فلا تحمّل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الاول وهو  
 قوله الى لان ذلك ينبي عن معنى الاداء لماد كرنا ولم يوجد هنا فتحمل على البراءة لان البراءة حكم البراءة في الاصل  
 (وجه) قول أبي يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل في الاداء عرفاً وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة  
 من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتقليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال  
 الكفالة على رجل وقبله الطالب فاحتمال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا اذا أحاله المطلوب بمال  
 الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة  
 وبراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لماد كرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة  
 عنده ليست بمبرئة أصلاً لما يأتي في كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما  
 يخرج بالحوالة بان يصلح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان  
 فيه معنى البراءة وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى البراءة وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين  
 يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (أما) الحالتان اللتان برى فيهما الكفيل والاصيل  
 جميعاً أحدهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الالف على خمسمائة على اني والمكفول منه برئان من  
 الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع  
 بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً  
 لماد كرنا قبل هذا ان البراءة المضاف الى المال الجرد عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين  
 واحد فاداسقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهي  
 أن يقول الكفيل للطالب صالحتك على اني برى من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ  
 جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل  
 بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء أحدها تسليم النفس الى  
 الطالب وهو التخليه بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره مجلس القاضى لان التسليم في مثل هذا  
 الموضع يحصل للمقصود من العقد وهو امكن استيفاء الحق بالرافعة الى القاضى فاذا حصل المقصود انتهى حكمه  
 فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو برية لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج  
 سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضى أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس  
 القاضى بدلالة الغرض وكذا اذا قيد لان التسليم في هذه الامكنة تسليم في مجلس القاضى بواسطة ولو شرط أن يسلمه  
 في مصر معين فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر  
 المشروط (وجه) قولهما ان التقيد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان  
 التعيين مفيداً فيتقيد به (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق  
 بالرافعة الى القاضى وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه في السواد ولا قاض فيه  
 لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة  
 ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضى يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولى غيره فدفعه  
 اليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ولى ذلك يحصل للمقصود فلم يكن التقيد مفيداً فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس



رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤا جميعاً وإن كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقيون (ووجه) الفرقان  
الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات  
المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد البراءة فيبرأ هودون الباقيين وليس هذا كما إذا كفل جماعة بمال  
واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برى الباقيون لأن الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على  
الكفيل لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يوف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلقى الرجل  
الطالب غاصمه الطالب ولا زمه فالمال على الكفيل وإن لازمه إلى آخر اليوم لأنه لم يوجد من الكفيل الموافقة ولو  
قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي إليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس  
بأمره أو لا لأنه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم بمن تبرع بقضاء دين غيره إن هناك لا يجبر على  
القبول وهنا يجبر عليه والفرق أن انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن حقوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع  
لأن نفسه برعاً لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لأن تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في  
أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لأن نفسه مضمون التسليم في الحالين والثاني البراءة  
إذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لأن حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس  
وقد أسقط المطالبة عنه بالبراءة فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا البراءة للاصيل لأنه أسقط المطالبة عنه دون  
الاصيل ولو أبرأ الاصيل برأ جميعاً لأن الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالبراءة فينتهي حكم  
الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لأن الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن  
الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالأعيان المضمونة بنفسها والأفعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد  
أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة ويحصل الفعل  
المضمون وهو التسليم والحمل والثاني البراءة فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري لأن نفس هؤلاء غير  
مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع  
والثاني في بيان ما يرجع به (أما) الشرط فأشأن (منها) أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لأن معنى الاستقراض  
لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة  
لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز  
اقراره على نفسه بالدين حتى أنه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لأن اذنه بالكفالة لم يصح لأنه من  
المكفول عنه استقرض واستقرض الصبي لا يتعلق به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق  
نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) إضافة  
الضمان إليه بأن يقول اضمن عني ولو قال اضمن كذا ولم يضيف إلى نفسه لا يرجع لأنه إذا لم يضيف إليه فالكفالة لم تقع  
اقراراً أيه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء إليه فلا يملك الرجوع قبل الأداء لأن  
معنى الاقراض والتعليك لا يتحقق إلا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل  
دين مثله فاما إذا كان فلا يرجع لأنه إذا أدى الدين التقي الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على  
الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع  
على الاصيل لأن الهبة في معنى الأداء لأنه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما إذا ملكه بالأداء  
وإذا وهب الدين من الاصيل برى الكفيل لأن هذا أو أداء المال سواء لأنه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمته كما إذا  
أدى ومتى برى الاصيل برى الكفيل لأن براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولومات الطالب فورته الكفيل



يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه  
 برى فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل لان البراء اسقاط وهو في حق  
 الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تعليق الدين أصلاً فلا  
 يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك  
 لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والبراء عن الحق بعد وجود سبب  
 الوجوب قبل الوجوب جائز كالأبراء عن الأجرة قبل مضي مدة الأجرة ولو لم يؤد الكفيل ما كفله به حتى يحل  
 الاصيل لما كفله عنه ودفع الى الكفيل ينظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل  
 ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها تثبت بعد الاداء فاشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه  
 ويكون قضاء كذا هذا ويرى الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء  
 فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في  
 ذلك المعجل ورجع هل يطيب له الرجح ينظر ان كان الدين دراهم أو دنائير يطيب بالاجماع لانهما لا يتعيان في عقود  
 المعاوضات فحصل التملك باذن صاحبه فيطيب له الرجح وان كان الدين مكيلاً أو موز ونامت عين في العقد يطيب له  
 الرجح أيضاً عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الرجح  
 ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الرجح على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على  
 وجه القضاء فما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه اليه على وجه القضاء فنصرف فيه الوكيل ورجح  
 لا يطيب له الرجح سواء كان الدين دراهم أو دنائير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي  
 يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمغصوب ورجح فهم انه لا يطيب له  
 الرجح عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى  
 من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لاندكر وفي قوله برئت من المال اختلاف  
 نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل بأمره بألف درهم حتى ثبت للطالب ولاية مطلوبة  
 كل واحد منهما بخمسة فادى أحدهما شيئاً من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يجوز اما ان كفل كل  
 واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل  
 واحد منهما عن صاحبه أصلاً فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى لانه  
 أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً لانه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفل  
 واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيا أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو  
 من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة  
 عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أدبته عن كفالة صاحبه  
 يصدق ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء اني أدبته عن كفالة  
 صاحبه وكذا اذا قال أدبته عن كفالة الاصيل قبل منه ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد اداء  
 المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى كل واحد منهما يكون عن  
 نفسه الى خمسة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لانه عن نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا التقدير فلا  
 يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء اني أدبته عن شريكه لا عن نفسه لا يقبل منه ويكون عن نفسه  
 الى هذا التقدير ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسة لان المؤدى الى خمسة له معارض والزيادة  
 لا معارض لها فاذا زاد على خمسة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى



رجلان عبد ألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان إذا افتقروا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرناه إذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأيما كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيئاً يرجع بكل المؤدى على الاصيل إن شاء وإن شاء يرجع بنصفه على شريكه لأن حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى وإذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الاداء كما ساواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الأول لأن هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤدياً عن نفسه إلى النصف وهما بخلافهما

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدرهم صحاح جياذ فأعطاه مكسرة أو زيوفا ونحوه به المطالبة يرجع عليه بالصحيح الجياذ لأنه بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحيح الجياذ وليس هذا كالأمر بأداء الدين له إن يرجع بالمؤدى لا بالدين لأنه بالاداء مملوك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدرهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما إذا صالح من ألف على خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف لأنه بأداء الخمسمائة مملوك ما في ذمة الاصيل وهو ألف لأنه لا يمكن إيقاع الصالح تملكها لأنه يؤدي إلى الرافق استقاط البعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصالح واقع عن الاصيل والكفيل جميعاً وبرئاً جميعاً يرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدنانير لأن في الفصل الأول إيقاع الصالح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باستقاط بعضه فكان الصالح واقعاً عنهما جميعاً فيبرأ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لأنه ملك هذا القدر بالاداء فيرجع به عليه (وأما) في الفصل الثاني فإضافة الصالح إلى ثلاثة مقر وناشرط البراء المضاف إلى الكفيل إبراء للكفيل عن المطالبة بدنانير وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذ الطالب منهما وبالله التوفيق

### ﴿كتاب الحوالة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج أنه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو الإيجاب والقبول الإيجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً فلا يجاب أن يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما ما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله إن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فما إذا كان له عليه دين فتم بإيجاب المحيل وقبول المحال (وجه) قوله إن المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما إذا وكله بالقبض وليس هو كالحال لأن الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة إلى ذمة مع اختلاف الذم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) إن الحوالة تصرف على المحال



عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء و بعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

**فصل** وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المحيل وبعضها يرجع الى المحال وبعضها يرجع الى الحال عليه

وبعضها يرجع الى المحال به (أما) الذي يرجع الى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغاً وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتعقد حوالة الصبي العاقل موقوفاً نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحاله وفيها معنى المعاوضة بما لها خصوصاً اذا كانت مقيدة فتعقد من الصبي كالبيع ونحوه فاما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد ما دوناً كان في التجارة أو محجوراً لانها ليست بتبرع بالترام شيء كال كفالة فيملكها العبد غير انه ان كان ما دوناً في التجارة رجع عليه المحال عليه للمحال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله ويتعاق برقبته وان كان محجوراً يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التمليك فنفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذي يرجع الى المحال فانواع (منها) العقل لما ذكرنا ولا ن قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فيتعقد احتياله موقوفاً على اجازة وليه ان كان الثاني أملاً من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشرط فلا نه منهي عن قربان ماله الا على وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقر بومال اليتيم الا بالتي هي أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرهاً لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط انعقاد فلا يقف على غائب عن المجلس كافي البيع (وأما) الذي يرجع الى المحال عليه فأنواع أيضاً (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضاً فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا وان كان عاقلاً سواء كان محجوراً عليه أو ما دوناً في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمر فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعاً ابتدائياً وانتهاه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي محجوراً كان أو ما دوناً في التجارة كال كفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضاً لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكرهه على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهم لما ذكرنا في جانب المحيل (وأما) الذي يرجع الى المحال به فتوعان أحدهما أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما في الذمة ولم يوجد والثاني أن يكون لازماً فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة وما يجري مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة سواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذي عليه والمقيدة أن يقيده بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتب مع غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطالب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه



الحال بالدين الحوالة يطالبه المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تنقيد بالدين الذي للمحال عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشرية فيتعلم دين الحوالة بنقته ودين المحيل بقي على حاله واذا قيدها بالدين الذي عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فيتعلم بدينه ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بان كان الدين عن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن اذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لانه قضى دينه بامرره ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لا يبطل لانه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر انه لا دين فقد ظهر انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلم بالذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلكت الألف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلها (ومنها) انه اذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين الى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهوان المرتين اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغرمه لان الخراج بالضمأن فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى انه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغرمه أيضا بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك واذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه بمقتية دينه فليس له ذلك لان المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بمحاله يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال في ذلك وانما يؤخذ من المحال عليه لان الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لان حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود الى المحيل ولكن القاضي يأخذ من غرماء المحيل كفيلا لانه ثبت الرجوع اليهم لاحد رجلين (اما) المحال اذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه اذا أدى الدين فالقاضي نصب ناظر الامور المسلمين فيحتاج في ذلك بأخذ الكفيل

﴿ فصل ﴾ واما بيان حكم الحوالة فنقول وبالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء (وجه) قوله ان الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشيء اذا انتقل الى موضع لا يبقى في الحبل الاول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملازمة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الاصيل جازو تكون حوالة لانه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل (وجه) قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلاننا أجمعنا على انه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صححت البراءة والهبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولو أبرأ الدين انتقل الى ذمة المحال عليه وقرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان البراءة عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثاني لان البراءة عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالبراءة عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلان الحوالة توجب النقل لانها



مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضي نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قل أحلت بالدين أو أحلت فلا نأبدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه لأنه اذا انتقل أصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فينبغي أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبي بقضاء دين انسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما اذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين الى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم البراء والهبة ولا ارتد اجمعين بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة سواء فدلّت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام اصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدین في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة المحال عليه بدین في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعاً واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال واذا حبسه له أن يجبسه اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل اذا لزم ولا أن يجبسه اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعاً وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فولا زمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يفيد والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي بأشياء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتمة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على مليء فليتبّع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بالاحلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقاً (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه قال في المحال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شريح مثل ذلك ذكره محمد في الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافاً فكان اجماعاً ولان الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الا براء بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء ففي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن الحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فاذا توى لم تبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصل ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشرريطة الملاة وقد ذهبت بالافلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مفلساً والثاني أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد هما وبالثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ويقضى القاضي بالافلاس بناء على أن القاضي يقضى بالافلاس حال



حياته عندهما وعنده لا يقضى به ( ومنها ) اداء المحال عليه المال الى المحال فاذا أدى المال خرج عن الحوالة اذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها ( ومنها ) أن يهب المحال للمحال عليه ويقبله ( ومنها ) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى البراء ( ومنها ) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه ( ومنها ) أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الرجوع فجملة الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فأنواع ( منها ) أن تكون الحوالة بامر المحيل فان كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال مملوكا للدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التملك فلا تثبت ولاية الرجوع ( ومنها ) اداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه وكذا اذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان البراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التملك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقي اسقاطا محضاً فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع ( ومنها ) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التيقا قصاصاً لانه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً فلا يفيد فيقتاصا الدينين فبطل حق الرجوع ( وأما ) بيان ما يرجع به فنقول والله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقد دراهم عن الدنانير فتصار فجاز وراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترقا قبل القبض أو شرطافيه الاجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا صحت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا اذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضاً يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا وكذا اذا أعطاه زيوفاً مكان الجياد وتجاوز بها المحال رجوع على المحيل بالجياد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شئ وإنما أنت وكيل في القبض والمقبوض لى وقال المحال لا بل أحلتنى بألف كانت لى عليك فاقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عز وجل أعلم

— — — — —

### ﴿ كتاب الوكالة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعاً وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكروا بها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل أى الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذوه وكلاء قال القراء أى حفيظاً وتذكروا بها الاعتماد وتقويض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبراً عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام انى توكلت على الله ربى وربكم أى اعتمدت على الله وفوضت أمرى اليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوى وهو تقويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لا خير وكتكت فى كذا أنه يكون وكلاء فى الحفظ



لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

**فصل** وأما بيان ركن التوكيل فهو الإيجاب والقبول فلا يجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو أفعلكذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما جرى مجراه فلم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل إنسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدم زيد فأنت وكيل في بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك في بيع هذا العبد غدا ويصير وكيل في الغد فإبعده ولا يكون وكيل قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعناق واذن العبد في التجارة والتفليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتشديدات كعزل الوكيل والمجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك

**فصل** وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى الموكل وبعضها يرجع الى الوكيل وبعضها يرجع الى الموكل به أما الذي يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فلا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهم لا يملك ان التصرف بانفسهما وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعناق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعدم موقفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما اذا فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود الخير لخال وهو المولى ولا يصح من العبد المحجور ويصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد فموقوف ان أسلم بنفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هو نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنه لو قفوا أملا كه وعندهما نافذة لثبوت أملاكه ويجوز التوكيل من المرتد بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بلا خلاف وأما الذي يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليسنا بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائي غيب يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهني ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبييا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ الا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغاً واذا كان صبييا ترجع الى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا رد الوكيل لا يمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لو قفوا ملكه والوكيل يتصرف في ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا الا أن يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته لما نذكر في موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى



يحييه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الامر لا يلزم الا بعد العلم بالمأمر به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمر به كما في أوامر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزيادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعدي هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالبعد اليه واخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صبح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزيادات انه لا يجوز البيع وصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدى فاني قد أدت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعه وليس التوكيل كالوصاية فان من أوصى الى رجل غائب أى جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصى ثم ان الوصى باع شيئاً من تركه الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائز استحساناً أو يكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصى خلف عن الموصى قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركه الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصى بخلاف التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم أو سببه على ما مر فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فان كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتاباً اليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلاً أو رجلاً واحداً عدل صار وكيلاً بالاجماع وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيلاً أيضاً وان لم يصدقه يعني أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيلاً وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلاً كما في العزل على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع الى الموكل فانه يرجع الى الموكل به فانه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود وما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل بالاثبات الحدود فان كان حد الاحتياج فيه الى الخصومة كحد الزنا وشرا الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه ثبت عند القاضي بالينة أو الاقرار من غير خصومة وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل باثباته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك الوكيل باثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف انه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء وهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو ان امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعدمة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقدوف والمسرور منه حاضر اوقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء الى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وان كان غائباً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لا حتم العفو والصلح وانه لا يحتملهما وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائيه كما في سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتتمل أنه لو كان حاضر الصدق الراي فيأمر ما أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتاً واستيفاءً بالاتفاق والوكيل أن يستوفي سواء كان الموكل غائباً أو حاضر الا انه حق العبد ولا يستقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو المولى حاضر اجاز لانه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج الى التوكيل وان كان غائباً لا يجوز لان احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضراً



لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وإن كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاءه مع الشبهة كالديون والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أن سيدنا علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن لها لحماً يحضرها الشياطين فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها إلى وكان على يقول ما قضى لو كيلى فلى وما قضى على وكيلى فعلى ومعلوم أن سيدنا علياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الأحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الجصاص أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة إذا كانت مخدرة غير بريئة فحوزوا توكيلها وهذا الاستحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز إلا توكيل البكر وهذا غير سديد لما يذكر (وجه) قولهم أن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعى والآنكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خصمه بنفسه ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والآنكار الصادق ودعوى المدعى خير يحمّل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا الآنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعى فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الاصل أن لا يلزم به جواب إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وأحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الحن بجنته فيعجز من يخصمه عن أحياء حقه فيتضرر به فيشترط رضا الخصم ليسكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلك وهذا لا يجوز وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة لأنها تستحي عن الحضور لمخاف الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرة كانت أو ثيباً فيضيع حقها (وأما) في مسائلنا فلا ضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار وتركية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيلاً بالآنكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه إذا وكل الطالب واستثنى الاقرار يجوز وإن وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن استثناء الاقرار في عقد التوكيل إنما جاز لحاجة الموكل إليه لأن الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لأن كل واحد منهما يحتاج إلى التوكيل بالخصومة هذا إذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار في العقد فاما إذا وكل مطلقاً ثم استثنى الاقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالاقرار فذكر في الاصل أنه يجوز وذكر الطحاوي أنه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لأنهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيما يكون تفويضهم إلى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمي كما يجوز من المسلم لأن حقوقهم مصونة مريعة عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج



الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا أن التوكيل قبض رأس مال السلم وبدل الصرف  
انما يجوز في المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لا في غيره واذ قبض الدين من الغريم يرى الغريم لان القبض  
الصحيح يوجب البراءة ويجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتبأله القضاء بنفسه فيحتاج الى  
التفويض الى غيره سواء كان الموكل حراً أو عبداً أو ذواً أو مكاتباً لانهما يملكان القضاء بأنفسهما فيمكن كان التفويض  
الى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها  
غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصلح على انكار لانه يملك هذه  
التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره ويجوز الهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة  
والاستيلاء والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقتراض والاستقراض الا أن في  
التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان  
اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصلح والبراءة ويجوز بالطلاق والعتاق والاعارة والاستيلاء لما قلنا  
ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا أن قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد  
على الصحة والعبرة ببقاء العاقدين وافتراقهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لماند كفاذا تقابض الوكيلان في المجلس  
فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقابضا في المجلس ثم افتراقه  
يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افتراقا فقد حصل الافتراق  
لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو اجنبي عنها  
فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما يملكان الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض  
الى غيره الا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر  
وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشتر لي ما شئت أو ما رأيت أو أي ثوب شئت  
أو أي دار شئت أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة القاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن  
لانه فوض الرأي اليه فيصح مع الجهالة القاحشة كالبعوضة والمضاربة والخاص أن يقول اشتر لي ثوباً أو حيواناً  
أو دابة أو جوهر أو عبداً أو جارية أو فرساً أو بغلاً أو حميراً أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة  
التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا الاستحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة  
ومقدار الثمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضاً (وجه) الاستحسان ما روى  
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينار الى حكيم بن حزام ليشتري له به أحمية ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة  
التوكيل بالشراء لفعاله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأحمية وبقدار الثمن ولان الجهالة  
القليلة في باب الوكالة لا تقضي الى المنازعة لان مبنى التوكيل على العسكرة والمساحة فالظاهر انه لا يجوز المنازعة فيه  
عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمما كسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وان قلت  
تقضي الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح  
التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان  
النوع وذلك نحو ان يقول اشتر لي ثوباً لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب البرسيم والقطن والكتان  
وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمي الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا  
تقل الا بدكر النوع بأن يقول اشتر لي ثوباً هروياً فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال  
اشتر لي حيواناً أو قال اشتر لي دابة أو أرضاً أو مملوكاً أو جوهر أو جوباً لان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته  
أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوباً هروياً فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال



اشترى دارا الا يصح لان بين الدار والدار تفاوت فاحش فان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكنه بين الثمن جاز أيضا ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن وروى عن أبي يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حق يعين مصر امن الامصار ولو قال اشترى دارا في موضع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص يا قوت أحمرا ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذلك أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترى عبدا تركيا أو مقدار الثمن بأن قال اشترى عبدا بألف درهم لان الجهالة تقل بذلك أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذلك الثمن وان لم يذكرها واذ ذكرا الصفة يصير الثمن معلوما بحال الأمر فما يشتريه أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشتري عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبي يوسف فيمن قال اشترى خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيرا لا يتعامل الناس به لم يحز على الأمر وكذا البدوي اذا قال اشترى خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكرا أحدهما أصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعا فنعت حجة الوكالة ولو قال اشترى حمرا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكرا له صفة ولا تمنا قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترى حمرا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل اذا كان الحمار ما يشتري مثله الموكل وان كان مما لا يشتري مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشترى بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمرا مصريا يصلح للركوب لان مثله يشتري الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشترى شاة أو بقرة ولم يذكرا صفة ولا تمنا لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة بالصفة بحال الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوما لما بينا ولو قال اشترى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكرا أحد شيئين اما قدر الثمن واما قدر المثلن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشترى له طيلا سنانا لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما بيان حكم التوكيل فنقول والله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيلا لان التوكيل اثبات الوكالة وللوكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه فنقول والله التوفيق الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله في الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يملك والاب والوصي وأمين القاضي لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك انكارا وقد يكون اقرارا فاذا أقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا أقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره في مجلس القاضي لا في غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفي غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تنفصحه على مجلس القاضي فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن في مجلس القاضي لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضي ألا ترى ان الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي وكذا الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضي فتتقيد بمجلس القاضي ألا أنه اذا أقر في غير مجلس القاضي يخرج عن الوكالة وينزل لانه لو بقي وكيلا لبق وكيلا بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة في مال اذا قضى القاضي به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

المطلوب من الوكيل بالخصومة الا هتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يتدى الى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهي الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا أن المتأخرين من أصحابنا قالوا انه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لثمة الحياة في أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضا فيملك اقامة اليينة وكذا لو أقام المدعى عليه اليينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت يئنته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل بقبض العين اذا أنكر من في يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة اليينة ولو أقام المدعى عليه اليينة انه اشتراها من الذي وكله بالقبض لا تسمع منه يئنته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب والقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولا يبي حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعقد كما في البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما في ذمة الغريم وتمليكك بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون اليينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انسا نا ينقل زوجته الى حيث هو فطالبها الوكيل بالانتقال فأقامت اليينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه اليينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيهما معنى المبادلة فكانت الخصومة فيهما من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراءه على عموميه وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بتقويض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح قبضه وقبض الاجنبي سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برى الغريم لانه وصل الى يد من هو نائب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غرض من الغرور بالحكمة من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذ منه رجوع الغريم على الوكيل الثاني لما قلنا ويرجع الوكيل الثاني على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو في بلد



معين لا يملك أن يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الامر لا يملك التعدي عن موضع الامر وليس للوكيل قبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل قبض الدين وهذا ما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة الا أن التوكيل بقبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المتعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق الضرورة بصير مقضيا بثبوتها ضمننا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فناء انسان الى الغريم وقال ان الطالب أمرني أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع اليه لا يمنع منه وان أبي أن يدفع اليه يجبر على الدفع في الدين وفي العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق في الدين اقرار على نفسه فكان مجبورا على التسليم وفي العين اقرار على غيره فلا يصح الابتصديق ذلك الغير وان لم يصدقه لم يجبر على الدفع فان دفعه اليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضي الامر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهمذا على وجوه ثلاثة اما ان صدقه ودفعه اليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع اليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع اليه فان صدقه في الوكالة ولم يضمنه فناء الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه في الوكالة فقد أقرب بوكالته واقراءه صحيح في حق نفسه فكأنه يقول ان الوكيل كان محقا في القبض وان الطالب ظالم فيما يقبض مني وان ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وان صدقه وضمنه ما دفع اليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لان الغريم وان أقر ان القابض محق في القبض بتصديقه اياه في الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان الى ما قبضه الطالب عنه بغير حق وازداده الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا قال ما غصبك فلان فعلى وان كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع اليه له أن يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل في القبض وانما دفعه اليه على رجاء أن يجوز له الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محقا في القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل قبض الدين اذا قبضه فوجده معيبا فان كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لانه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا فكذا الوكيل ولو وكل رجلا يقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم انه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل الى اقامة البينة ولا الى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين الى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت يمينه فان حلف والارجعت عليه لانه مقر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الابقاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم الى الوكيل وكذلك الوكيل بطلب الشفعة اذا ادعى المشتري أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار الى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لان المشتري مقر بثبوت حق الشفعة لان تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشتري الى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع أن المشتري قد رضى بالعيب انه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى مارضى بهذا العيب لان البائع بقوله رضى المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب اذ ليس كل عيب موجبا للرد ألا ترى انه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه فان أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر يحلفه على علمه فان أبي أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على حجتة (وجه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز انه ينكل عن اليمين فيسقط حقه (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعى على الوكيل شيئا وانما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على علمه

بأنه تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه في الاستيفاء الذي هو حقه فلم يكن استحقاقه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له به انه فعل ذلك أو لم يفعل فان أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت بينته عند أبي حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة بناء على ان الوكيل يقبض الدين هل يكون وكيلًا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدرهم الدنانير أو باعه بها عرضا فينته مسموعة عنده وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فيهما الجنس واختلاف الجنس فكان الخلاف في الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان مقيدا راعى فيه القيد بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون خلافا له الى خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلزم من التصرف قدر ما ولاه وان كان الخلاف الى خير فانه قد لا نه ان كان خلافا فصورة فهو وفاق معنى لانه أمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل فنقد بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدرهم لا ينفذ وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان في معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نقلا لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه بالف حالة نقلا فقلنا وان وكله بان يبيع ويشترط الخيار لا أمر فباعه ولم يشترط الخيار لم يحجز بل يتوقف ولو باع وشترط الخيار لا أمر ليس له أن يحجز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا فأما اذا كان مطلقا فراعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع الا بما يتعابن الناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس متعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولا بى حنيفة أن الاصل في اللفظ المطلق أن يجري على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أرحم منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييده المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن فاحش ان لم يكن متعارفا فاعلا فهو متعارف ذكره او تسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعا وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكره او تسمية من غير اعتبار الفعل ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الأدمى أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف القياس لكونه أمرا بالتصرف في مال غيره وذكر الثمن فيه تبع ألا ترى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه يجوز باعتبار الحاجة اذا كل أحد لا يتنبأ له أن يشتري بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء ثمن جرى التعارف بشراء مثله بمثابة فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثاني المشتري متهم بهذا الاحتمال انه يشتري لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع بغير الاثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله ويملك البيع بالنقد والنسيئة عنده وعندهما لا يملك الا بالنقد والجمع من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر في تبعيضه كالمكيل والموزون بان كان وكيلًا ببيع عبد بن فباع أحدهما جاز بالاجماع وان كان في تبعيضة ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازه



الموكل أو يبيع النصف الباقي ولو كان وكيلًا بالشراء فاشتري نصفه لم يلزم إلا امرأه إلا أنه يشتري الباقي ويجزئه  
الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة  
في الأعيان ولا يبيح حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى أن عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز  
فلان يجوز بيع البعض به أولى لأنه تقع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وبهذا فارق الشراء لأن الوكيل  
بالشراء إذا اشتري النصف ثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع عكس إبراء المشتري عن الثمن ولهذا أن يؤخره عنه وله أن  
يأخذ به عوضاً وله أن يصالح على شيء ويحتال به على إنسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيئاً  
من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالبراءة وأخواته تصرف في ملك الموكل من غير إذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي  
(وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالبراءة لأن قبض الثمن حقه فكان الإبراء عن الثمن إبراء عن قبضه تصحيحاً  
لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي لبق ديناً لا يحتمل القبض أصلاً وهذا  
مما لا نظير له في أصول الشرع ولأن ديناً لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا ينفذ فيسقط ضرورة ويضمن الثمن  
للموكل لأنه وإن تصرف في حق نفسه لكنه تعدى إلى ملك غيره بالانكشاف فيجب عليه الضمان وكذا إذا أخذ بالثمن  
عوضاً عن المشتري لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من  
العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا إذا صالحه على شيء لأن الصلح مبادلة وكذا إذا أحاله المشتري بالثمن على إنسان  
وقبل الوكيل الحوالة لأنه يقبل الحوالة تصرف في حق نفسه بالبراءة لأن الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين  
عن الحيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق  
نفسه فيصح لكنه تعدى إلى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره  
لأن مبنى الوكالة على الخصوص لأن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت  
العموم إلا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعلم فيه رأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فإن وكل غيره بالبيع فباع الثاني  
بحضرة الأول جاز وإن باع بغير حضرته لا يجوز إلا أن يجزئه الأول أو الموكل وكذا إذا باعه فضولي فبلغ الوكيل أو الموكل  
فجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الأول أو لم يكن  
بحضرته وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لأن عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل  
بل المقصود رأيه فإذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه نفذ وأذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا  
التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينعقد موقوفاً على إجازة الوكيل أو الموكل لصدر التصرف من أهله في محله وليس  
للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لأن الحقوق تتعلق بالعاقبة فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً  
ومتسماً مطالباً ومطالباً وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وإن أمره الموكل بذلك لما قلنا ولأنه منهم في ذلك وليس له  
أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا  
على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما أن البيع من هؤلاء ممن من أجنبي سواء لأن كل واحد  
منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولا يبيح حنيفة أن البيع من هؤلاء يبيع من نفسه من حيث  
المعنى لا اتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الأجنبي  
ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لأن البيع من عبده يبيع من نفسه لأنه لا ملك له وكذا المكاتب لأنه عبد ما بقي  
عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا بحقه أن اتصال منافع الملاك بينهما تورث التهمة لهذا  
لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الأجنبي ولو عم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بع من هؤلاء أو أجاز ما صنع  
الوكيل جاز بيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده إذا لم يكن عليه دين يحال الوكيل  
بالبيع مطلقاً يملك البيع الصحيح والفاصل لأن اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين إذ هو مبادلة شيء ممرغب

يشىء مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد لأن المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه ثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجهه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحداً منهما توكيلاً بالآخر فإذا باع بيعاً صحيحاً صار محالفاً (ولهما) أن هذا ليس بخلاف حقيقة لأن البيع الصحيح خير وكل موكل بشيء موكّل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتياً بما وكل به فلا يكون محالفاً (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو أمان كان مطلقاً أو كان مقيداً فإن كان مقيداً راعى فيه القيد أجماعاً لما ذكرنا سواء كان القيد راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن حتى أنه إذا خالف يلزم الشراء إلا إذا كان خلافاً إلى خير فيلزم الموكل مثال الأول إذا قال اشتري جارية أطوها أو استخدمها أو اتخذها أم ولد فاشتري جارية بحوسبه أو اخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك إذا قال اشتري جارية تخدمني فاشتري جارية مقطوعة اليد أو الرجلين أو عمية لأن الأصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مقيد وكذلك إذا قال اشتري جارية تركية فاشتري جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني إذا قال له اشتري جارية بألف درهم فاشتري جارية بأكثر من الألف تلزم الوكيل دون الموكل لأنه خالف أمر الموكل فيصير مشترياً لنفسه ولو قال اشتري جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشتري جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا تلزم الموكل أجماعاً لأن الجنس مختلف فيكون محالفاً ولو قال اشتري هذه الجارية بمائة دينار فاشتريها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لأن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مقيداً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنساً واحداً في الوكالة كما اعتبر جنساً واحداً في الشفعة وهو أن الشفع إذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدراهم وقيمتها مثل الدنانير صرح التسليم كذا هنا فإن اشتري جارية بألف درهم فإن كان مثلها يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغاب الناس فيه لزم الموكل وإن كان النقصان مقدار ما لا يتغاب الناس فيه لزم الوكيل لأن شراء الوكيل المعروف المعروف وإن اشتري جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشتري بألف لزم الموكل لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معني وكذا إذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسيئة فاشتري جارية بألف حال لزم الوكيل لأنه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشتري بألف حال فاشتري بألف نسيئة لزم الموكل لأنه وإن خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشتري ويشتري الخيار للموكل فاشتري بغير خيار لزم الوكيل والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء ملزم لأن يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبيّاً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل لأنهما لا يملكان الشراء إلا أنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا إذا كان الوكيل مرتداً أو كياناً بشراء عبدين فاشتري نصفه لعدم إمكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الإجازة ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الإجازة لأنه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يتوقف على إجازة الموكل هذا إذا كان التوكيل بالشراء مقيداً فما إذا كان مطلقاً فإنه راعى فيه الإطلاق ما مكن إلا إذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيده وعلى هذا إذا وكل رجلاً بشراء جارية وسمى نوعها وثمنها حتى صحت الوكالة فاشتري جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا إذا اشتري جارية مقطوعة اليد أو الرجلين أو عمية عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجهه) قولهما أن الجارية تشتري للاستخدام عرفاً وعادة



وغيره الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتعبد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز تحريمها عن الكفارة وان كان نص التحريم مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلا فيقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تعييد المطلق الا بدليل وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر تعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذافات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات فلا يتناولها مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله ان يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم منها فاشترى الوكيل جارية ان يشتري بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتعاب في مثلها جاز على الموكل وان اشترى بزيادة لا يتعاب الناس في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلم يمنع النفاذ على الموكل لضاق الامر على الوكيل ولا امتنع عن قبول الوكالات والناس حاجة اليها فمست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لا مكان التحرز عنه والفاصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانه زيادة متحققة وقدر محمد ان زيادة القليلة التي يتعاب في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتعاب في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتعاب في مثلها وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التخيير في الاشياء كلها لان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبناً فيه وقدر نصر بن يحيى القليل بالدينم وفي الحيوان بالدينم يارده وفي العقار بالدينم وازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشترى باقية قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل اجماعاً لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبغيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزءاً منه معلوماً أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أولاً والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي قال أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشترياً للموكل فكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ولا يبي يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقد موقوفاً فهاذه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة واعتاق الوكيل لم يصادف عقد موقوفاً على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتتمل التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء عيسى في تبغيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزمه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كرم حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكرم الخمسين وكذا لو وكله بشراء عبد بالف درهم فاشترى أحدهما الخمسين لزم الموكل اجماعاً وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لزم الموكل استحساناً (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة لا معنى لانه خلاف الى خير وهذا لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا هذا (وجه) قوله ان الوكيل يتصرف بحكم الامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها بين الوزنين ولو وكله بشراء عبد بمائة فاشتري بها عبد ين كل واحد منهما يساوي مائة روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة إذا وكل رجلاً بشراء عبد ين باعيانها بالف درهم وقيمتها سواها فاشتري أحدهما بستائة درهم لا يلزم الموكل إلا أن يشتري الثاني ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد إذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها يلزمه وهذا لا يتحقق خلافاً والله عز وجل أعلم الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه وإذا اشتري يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك إلا بحضور من الموكل كما لا يملك الموكل عزله إلا بحضور منه على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا اشتري يكون مشترياً لنفسه إلا أن يئوه للموكل وجملة الكلام فيه أنه إذا قال اشتريته لنفسى وصدقه الموكل فالمشتري له وإذا قال الموكل اشتريته لي وصدقه الوكيل فالمشتري للموكل لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشتريته لنفسى وقال الموكل بل اشتريته لي يحكم فيه الثمن فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشتري له وإن أداها من دراهم موكله فالمشتري لموكله لأن الظاهر نقداً ثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر شاهداً للثمن فكان صادقاً في حكمه (وأما) إذا لم تحضره النية وقت الشراء وانفق عليه يحكم فيه الثمن أيضاً عند أبي يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمد أن الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهداً للوكيل فكان المشتري له (وجه) قول أبي يوسف أن أمور المسلمين مجمعة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لأن الحقوق في باب الشراء ترجع إلى الوكيل فيؤدى إلى الحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً مطالباً ومطالباً ولأنه منهم في الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذلك لو اشتري من ولده الصغير لأن ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشتري من عبده الذي لا دين عليه أو مكاتبه وكذلك الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجدته وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا اشتري بمثل القيمة أو بأقل أو بزيادة يتغابن في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه وقد مرّت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنع الوكيل جاز لأن المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالامر والاجازة ولودفع إليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاماً فهو على الخنطة والدقيق لا على الفاكهة واللحم والخبز لأن الطعام في الحقيقة وإن كان اسماً لما يطعم لكنه ينصرف إلى الخنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف ولهذا سمى السوق الذي تباع فيه الخنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره إلا إذا كان المدفوع إليه قليلاً كالدرهم ونحوه أو كان هناك ولية فينصرف إلى الخبز وقيل يحكم الثمن إن كان قليلاً ينصرف إلى الخبز وإن كان كثيراً ينصرف إليهما ولو قال اشتري بدرهم لحماً ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق ويشتري الناس منه في الأغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والأبل إن جرت العادة بشراؤه ولا ينصرف إلى المشوى والمطبوخ إلا إذا كان مسافراً أو نزل خاناً ودفع إلى إنسان درهماً ليشتري به لحماً ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة لا نعدام جريان العادة باشتراؤه وإن اشتري مسلوخاً جاز على الموكل لأن المسلوخ يباع في الأسواق في العادة ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع لأنها ليست بلحم ولا يشتري مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا ينصرف مطلقاً للتوكيل إليه بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل هذه الأشياء أنه يحنث لأن مبنى الإيمان على العرف ذكر أو تسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلاً ألا ترى أن حكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشتري الوكيل القديد لا يلزم الموكل لا نعدام العادة ببيع القديد في الأسواق في الغالب ولا إلى شحم البطن والألية لأنها ليسا بلحم ولو وكله بشراء ألية لا يملك أن يشتري لحماً لأنها مختلفان اسماً ومقصوداً ولو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو



فهو على الطري الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطري الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله  
 بشراء رأس فهو على التي دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة  
 بذلك والمذكور من الخلاف في الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور  
 والسمك والجراد لا نعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشتري أى دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن  
 يشتري أى فاكهة تباع في السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت اليمين المنعقدة عليه  
 تقع على بيض الطيور كلها ما ذكرنا ولو وكله أن يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والابل  
 وكذا اذا وكله بشراء السمن فإن استوفى فهو عليهما جميعاً بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبنا أن ذلك يقع على لبن الغنم  
 والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكبش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم  
 الموكل لان الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للانثى وكذا لو وكله بشراء عنق فاشترى جدياً أو شرافرس أو برزون  
 فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله  
 يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكراً وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران  
 وذكر القدوري رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى  
 والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبختى ضرب خاص من الابل والنجبية ضرب معروف  
 بسرعة السير وهي كالحمار في عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب  
 الزكاة لبعده عن أوهامهم فقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازته  
 أو باجازة الموكل جاز على الموكل والا فلا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكل به أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون  
 صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يحضر صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأي والموكل انما رضى برأيهم لا برأى  
 أحدهما واجتمعا على ذلك فلم يمثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى  
 أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا في البيع الا ان في الشراء اذا اشترى أحدهما بدون  
 صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الاجازة وفي البيع يقف على الاجازة وقد مر الفرق وكذلك  
 الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك  
 مما يحتاج الى الرأي ولم يرض برأى أحدهما باقراده وكذا ما خرج مخرج التملك بان قال لرجلين جعلت أمراً أنى  
 بيدكما أو قال لهما طلقا أمراً أنى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطبيق لانه جعل أمر اليتيم لكا ألا ترى انه يقف على  
 المجلس والتعليكات هي التي تختص بالمجلس والتملك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا أمراً أنى ان شئتما  
 وهناك لا يملك أحدهما التطبيق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا  
 الوكيلان قبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأي والامانة وقد  
 فوض الرأي اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بأما اتهمما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى  
 يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع في أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل  
 فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاهما جميعاً ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعق على غير  
 مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكل به لان هذه التصرفات مما  
 لا يحتاج الى الرأي فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للتصرف الى كل واحد منهما باقراده (وأما) الوكيلان  
 بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف باقراده عند أحبابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما  
 يحتاج الى الرأي ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أحبابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضى بما يملكه الخاص واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما تقوى بضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأيهما خاصم كان تمثيلاً الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة ملك القبض عندئذ لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما باقراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعاً وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا ذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضى الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (أما) التوكيل بالبيع والشراء فتوقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فتوقه راجعة الى العاقد كالياعات والاشربة والاجارات والصلح الذى هو فى معنى البيع فتوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل فى هذه الحقوق كالملك والمالك كالاجنبى حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيها ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيها غير ان المشتري اذا نقد الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحساناً وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان نقد الثمن اليه وان كان نقده الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً له أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضى أخذ الثمن من الوكيل ان كان نقده الثمن وان كان نقده الى الموكل أخذ منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذى يقبض المبيع دون الموكل واذا استحق المبيع في يده فهو الذى يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيباً ان كان المبيع في يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يردّه على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يردّه عليه الا برضاء موكله وكذلك هذا فى الاجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فتوقه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعقاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه ونحوه فتوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج فى النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به لكن بحكم الضمان وكيل المرأة فى النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببديل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذى ذكرنا ان حقوق العقد فى البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع شئ من الحقوق الى الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الانسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشرعية قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لما كسبت وعليها ما اكتسبت وكان ينبغى أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعاً الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الأمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الأمر والابانة بإيجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشرعية



بأثبات توابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين حظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو أثبات أصل الحكم للوكيل وأثبات التوابع للموكل لأن الأصل في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لأنها علة نفاذه إذ لا ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفاد من قبل الموكل فكان أثبات أصل الحكم للموكل وأثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو وحد الحكمة وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو وحد السفه بخلاف النكاح وأخواته لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فأنعمت النيابة فبقى سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم نقول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فاما) إذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً لا ينفذ بيعه وشرأؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور رسواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له فاما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء ففسخ العقد وإن شاء أمضاه (وجه) قوله أن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختل الرضا لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه فنبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية أن الجهل بالمحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو المحجر والأذن بعرض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالمحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعاً على ما قرأنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة والإرتهان والاستيهاج الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق لأنه أصل في الحقوق والمالك أجنبي عنها فذلك توكيل غير فيها (ومنها) أن المقبوض في يد الوكيل بمجة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويرأى بما يرأى فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ولو دفع إليه مالا وقال اقضه فلا ناعن ديني فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلى وكذبه صاحب الدين فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغير في إبطال حقه وتجب اليقين على أحدهما لا عليهما لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما ما دون المصدق فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وإن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه فإن حلف برى وإن نكل لزمه ما دفع إليه وكذلك لو أودع مالاً رجلاً وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة إلى رجل وأدعى أنه قد دفعها إليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الأمر فالقول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك لأن المودع يدعى عليه الأمر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الغير فامر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا بينة أو بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعى  
الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الا بينة أو بتصديق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ  
أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه  
لان قولهما حجة في حق أنفسهما لا في ابطال حق الغير مع عين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو  
كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان  
نكل سقط الضمان عنه ولو ان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه  
لو لم يدفع اليه الدراهم أصلاً وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل  
بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيئاً ولكنه أمره  
بقضاء دينه فقال الوكيل قضيته وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة انه قد قضى صاحب الدين قبلت بينته  
وبرئ الموكل من الدين ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالثابت بحساب ومشاهدة وقد  
ثبت قضاء الدين بالبينة فله ان يرجع ولو لم تكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل  
يدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو ان  
أن يصير المقبوض مضموناً على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر  
وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على  
الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على  
العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون  
الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم ألقاً أخرى للطالب لان الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره  
وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القندوري رحمه الله وذكر  
في الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان  
الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لانه مقرر  
واقرار كل مقرر حجة في حقه فكان الاول أشبه ولو دفع الى انسان ما لا يقضى دينه فقضاء الموكل بنفسه ثم قضاء الوكيل  
فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم  
بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصح الا بعد  
علمه به فاذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصارت متعدي في الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان  
عليه وليس هذا كالموكل يدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم  
يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة مأثور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط القرض بتلك المال  
من التقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعدى محضاً فكان مضموناً عليه فاما  
قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض  
بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على  
القابض ويقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض  
بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد  
القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعدى فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل في انه لم يعلم  
بدفع الموكل لان القول قول الامين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل  
بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل يبيع العبد اذا قال بعث



وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (أما) أن كان الموكل سلم العبد إلى الوكيل أو كان لم يسلم إليه فإن لم يكن سلم العبد إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي أو قال دفعته إلى الموكل فهذا لا يخلو أما أن صدقه في ذلك أو كذبه فإن كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيه ما وكذبه في الهلاك فإن صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شيء على الوكيل لأنه يهلك أمانة في يده وإن كذبه في ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل لأن إقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه والمشتري بالخيار أن شاء نقد الثمن ثانياً إلى الموكل وأخذ منه المبيع وإن شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما نقده كذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم أن الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في إقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا ويجبر المشتري على ما ذكرنا إلا أن هناك لا يرجع على الوكيل بشيء لأنه لم يوجد منه الإقرار بقبض الثمن وإن صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع إليه فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع إليه مع عينه لأنه أمين ويجبر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري لأنه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه إياه ولا يؤمر المشتري بنقد الثمن ثانياً إلى الموكل لأنه ثبت وصول الثمن إلى يد وكيله بتصديقه ووصول الثمن إلى يد وكيله كوصوله إلى يده هذا إذا لم يكن العبد مسلماً إلى الوكيل فأمّا إذا كان مسلماً إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي أو قال دفعته إلى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشتري فإن الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد إلى المشتري ويرأى المشتري من الثمن ولا عين عليه (أما) إذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشك في ذلك كذا إذا كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لأن الوكيل أقر ببراءة المشتري عن الثمن فلا يحلف ويحلف الوكيل فإن حلف على ما يدعيه برئ من الثمن وإن نكل عن الثمن لزمه ضمان الثمن للموكل فإن استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لأن الموكل لم يصدق على قبض الثمن فأقرار الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فإن نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه فإن الوكيل يرجع بما ضمن عليه لأن يد وكيله كيدته ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر أن الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لأنه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لأن إقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فإذا ردد عليه بقضاء القاضى رجع عليه بالثمن أن أقر بقبض الثمن منه ولو كلف أن يرجع على الموكل بما ضمن إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل وإن لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فإن نكل رجع عليه وإن حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمن العبد فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لأنهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل الثمن على البتات فإن نكل رجع عليه والمبيع له وإن حلف لا يرجع عليه بشيء ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الأول أن الوكيل يبيعه في قولهما وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المدينون المقاس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لأنه لما ردد عليه فسحاً عادت الوكالة فإذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه أن أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وإن أقر بقبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) أن الوكيل بقضاء الدين إذا لم يدفع الموكل إليه ما لا يقتضي دينه منه فقضاء من

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لأن الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقرض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذلك الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله أن المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى أنه لو هلك في يده فإهلاكه على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) أنه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبايع مع المشتري وإذا طلب منه الموكل فبسه حتى هلك كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن وقال زفر يكون مضمونا ضمان الغصب (وجه) قول زفر ما ذكرنا أن المبيع أمانة في يده والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها فإذا حبسها فقد صار غاصبا والمعصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغأما بلغ (وجه) قول أبي يوسف أن هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها فكانت مضمونة بالأقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قولهما أن هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البايع وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه إن كان قائما ومثله أو قيمته إن كان هالكا والله عز وجل أعلم

فصل ١٠ وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول والله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء منها عزل الموكل إياه ونهيه لأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرط أن أحدهما علم الوكيل به لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ فإذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال إن فلانا أرسلني إليك ويقول أني عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كائنا ما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا أصغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن سحت عبارته على أي صفة كان وإن لم يكتب كتابا ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات فإن لم يكن عدلا فخير العدلين أو العدل أولى وإن أخبره واحد غير عدل فإن صدقه ينعزل بالاجماع وإن كذبه لا ينعزل وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه (وجه) قولهما أن الأخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الأخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة أن الأخبار عن العزل له شبهة الشهادة لأن فيه التزام حكم الخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبهه الشهادة فيجب اعتبار أحدها وطها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشقيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفعته عند أبي حنيفة وعندهما بطلت شفعته وعلى هذا الاختلاف إذا جنى العبد جناية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه أن عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختارا للقاء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختارا للقاء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون إذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجورا عنده وعندهما يصير محجورا وإن عزله الموكل واشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل أحد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الأحكام التي بينها وعن أبي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فذلك الثمن في يد الوكيل ومات



العبد قبل التسليم الى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالنسبة على الوكيل و يرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط تحتة وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعي عليه وكيلا بالخصومة مع المدعي بالتاس المدعي فعزله المدعي عليه بغير حضرة المدعي لا ينعزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلاً بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبهه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعني بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلف المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعنق لا يملك لانه لما وكله وكالة تاجرة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امرأته الى رجل يطلها متى شاء أو امر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا اذا قال لرجل طلق امرأتى ان شئت أو اعتق عبدي ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان في البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هي اباحية وللمبيع حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى وكالة مستقبلية فعزله ينعزل ولكنه يصير وكيلاً ثانياً وكالة مستقبلية كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فانت وكيلى فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلاً بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلاً بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلية والا اول أصبح لانه لما ملك العزل في المرسل ففي المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت فبطلت الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق مبطل لأهلية الأمر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبي يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة ألحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذلك الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذلك الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انساناً فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الأمر فيبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت مبطل لأهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان ألحق بدار الحرب مرتداً لم يحجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفاً فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كانه لم يرتد أصلاً وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافي الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يحجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لا خلافاً للدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلاً ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم بطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد  
ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة  
لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة  
الموت ولومات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف  
الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حراً الاصل  
لان الوكيل عجز عن التصرف لان ملك الموكل فنتهى حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه  
بغير قبضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالنسخ عين الملك  
الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف  
فيما وكله به والوكيل بعدما عزل لا يعود وكيلاً الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع  
في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (وجه) الفرق له  
لم يتضح وكذلك لو وكله بشراشي ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بزواج امرأة فزوجهها لانه عجز عن تزويجها  
منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بجمع  
امرأته ثم خلعه لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة واقتضت  
عدها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث واقتضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها  
تحتل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه  
امرأة فزوجه وابعدها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل  
الا مثلاً فانتهى حكم الامر كافي الا وامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الموكل ثم رد عليه قبضاء قاض  
ان له ان يبيعه ثانياً لان الرد قبضاء القاض يوجب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كأن لم يكن فلم يكن هذا تكرار حتى لو  
رده عليه بغير قبضاء قاض لم يحجز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد  
التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتقه أو بهبته أو تدبره أو بكاتبته أو نحوه ذلك لان التصرف في  
الحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم هذه الاشياء التي ذكرنا له أن  
يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفتقر الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن  
الوكالة لكن تقع المقارفة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم  
به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل  
بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حراً الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك  
العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولاً لا يتصرف الموكل لكنه صار  
مغروراً من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلاً له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في  
الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ولو وكله قبض  
دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان  
لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب  
كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعدما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

### كتاب الصلح

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان ركن الصلح وفي



بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفي بيان حكمه اذا بطل أو لم يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه و صلح عن انكاره و صلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو إما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبى المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع وعند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعى رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان جواز الصلح يستدعى حقاً ثابتاً ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلا ان الحق لو ثبت قائماً ثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عنه التعارض فاما في السكوت فلا ان الساكت ينزل منكر أحكام حتى تسمع عليه البينة فكان انكاره معارضاً للدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان في معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً وبظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم -م الضغائن أمر رضى الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بمحض من الحصاة الكرام رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها في التحقيق عند الانكار اذا اقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى رحمه الله ما صنع الشيطان من ايتاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعى رحمه الله في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعاً

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الصلح فلا يحجب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا أو يقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم عقد الصلح

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذى يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلاً وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذى لا يعقل لا نعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون اذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك اذا وجب للصبي المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام البينة لا حق له الا الخصومة والخلف والمال أوقع له منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الخط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا فراقاً بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبائع ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بان يبيع باجل فيملكه متأخراً عن العقد أيضاً بخلاف الخط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملك الا أنه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز لان الثمن أنفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الخط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

عليه ديناً فاقربه فصالحه على أن حط عنه البعض جاز لأن إقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون إذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة إلا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق إذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على إنسان ديناً وهو مأذون فأقر به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لأن إقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعاً على العبد ببعض الدين فيصح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى إنسان عليه ديناً فأقر به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه بأقراره فإن لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لأن إقرار المحجور لا ينفذ إذا لم يكن في يده مال وإذا لم ينفذ ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لأن إقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله إلا أنه إذا لم يظهر في حق المولى للحال لما منع وهو حق المولى فإذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما إذا كان في يده مال فيجوز إقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما أن هذا إقرار المحجور لبطلان الأذن بالحجر وإقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة أن إقرار المحجور إذا كان في يده مال صحيح لأن العبد المحجور من أهل الإقرار وإنما المانع من ظهوره حق المولى فإذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهوره حق المولى لأنه لا يحمّل أن يكون صادراً في إقراره فيمنع ظهوره حق المولى فيه ويحمّل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما إذا لم يكن في يده مال لأن يده المولى ثابتة حقيقة والإقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لأنه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطلح على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فإن لم يكن له عليه بينة لا يجوز لأنه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه وإن كانت له عليه بينة جاز لأنه وإن عجز فالخصم في دينه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضر به مضر ظاهرة حتى أن من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فإن كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثله فالصلح جائز لأن الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لا مكان الوصول إلى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالعين اليسير وإن لم تكن له بينة لا يجوز لأن عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعاً بمال الصغير وأنه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لأنه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على إنسان ديناً للصغير فصالح على أن حط بعضه وأخذ الباقي فإن كان له عليه بينة لا يجوز لأن الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وإن صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز لأن الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والبراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) أن كان ولي ذلك العقد بنفسه (وأما) أن لم يكن وليه فإن لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لأن الحط والبراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضرًا محضاً وإن كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أبا كان المصالح أو غيره وإن خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصاية لأنه لو صح عليه لكان لا يخلو أما أن يصح على اعتبار الحال وأما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل إلى الأول لأن الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولى عليه ولا سبيل إلى الثاني لأن الصلح لا يحمّل إلا إضافة إلى الوقت ويملك الاب استيفاء القصاص في النفس ومادونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق أن استيفاء القصاص تصرف



على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفي قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة التشفي راجعة الى نفسه والاب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك انكاحه دون الوصي الا أنه يملك القصاص فيادون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجري بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم في الاتمس ويستوفى القصاص فيادون النفس في الحر كما يستوفى في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص في النفس فيه ويتقضى بالنكول في الاطراف كما يقضى به في الاموال عند أبي حنيفة ولا يقضى به في الاتمس وله ولاية التصرف في الحال والمآل فيلى التصرف فيما دون النفس وملك الاب الصلح عن القصاص في النفس ومادونه لانه لملك الاستيفاء فلا ن يملك الصلح أولى لانه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيادون النفس لانه يملك الاستيفاء فيادون النفس فكذا الصلح عنه لانه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدوري رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وانه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الاب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز لان الخطأ تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والخطأ القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير في البيع انهما يملكانه والفرق أن الخطأ نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنقصان في البيع غير متحقق لان العوض فيه غير مقدر لا ختلافه بتقويم المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالاب والجد والوصي لان الصلح تصرف في المال فيخص عن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدا عند أبي حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نقاذ تصرف المريض وعند أبي يوسف نقاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسئلة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتد فصالحه جائز بلا خلاف لان حكمها حكم الحربية الا انها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقتها بالتحقق بدار الحرب

**فصل** وأما الشرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لان في الصلح معنى المعاوضة فلا يصح عوضا في البياعات لا يصح بدل الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لا يصح الصلح لانه تبين أن الصلح لم يصادف محله وسواء كان المال عينا أو دينا أو منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون دينا وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعواض في بعض الاحوال دون بعض وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقد راو صفة واستحقاقا كاعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الخنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون دينا وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (واما) أن يكون منفعة (واما) أن يكون حقا ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبذل الصلح لا يخلو من أن يكون عينا أو دينا أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكون عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عينا أو دينا بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا ثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصالح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصالح في معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمنافي  
البياعات عينا كانت أو دينا الا الحيوان لانه ثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال أصلا والثياب لا تثبت دينا في الذمة  
الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة  
من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن  
عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينا فان كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما)  
ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جائز لان  
الصالح عليها في معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواء لا يجوز لانه بائع  
ما ليس عنده لان الدراهم والدنانير أثمان أبدوا ووقع عليه الصالح مبيع فالصالح في هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند  
البائع وانه منهي عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان  
صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل  
حقه قدرا ووصفا بان صالح من ألف جياذ على ألف جياذ فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء  
عين حقه أصلا ووصفا ولو صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا بان صالح من ألف الجياذ على خمسةائة نهرجة يجوز  
أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والبراء عن الباقي أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على  
الصالح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدي الى الرابا لانه يصير بائعا للباقي خمسةائة وانه ربا فيحصل على  
استيفاء بعض الحق والبراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون  
صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه ووصفا لا قدرا بان صالح عن ألف جياذ على ألف نهرجة أو صالح على أقل  
من حقه قدرا لا ووصفا بان صالح من ألف جياذ على خمسةائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والخط  
والبراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا  
بان صالح من ألف نهرجة على ألف وخمسةائة جياذ أو صالح على أكثر من حقه قدرا لا ووصفا بان صالح من ألف جياذ  
على ألف وخمسةائة نهرجة لا يجوز لانه ربا لانه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض واسقاط الباقي  
وان صالح على أكثر من حقه ووصفا لا قدرا بان صالح من ألف نهرجة على ألف جياذ جاز ويشترط الحلول أو  
التقايض حتى لو كان الصالح مؤجلا ان لم يقبض في المجلس يبطل لانه صرف (وأما) اذا صالح على أكثر من حقه  
وصفا وأقل منه قدرا بان صالح من ألف نهرجة على خمسةائة جياذ لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف  
الاخر وكان يقول أولا يجوز ثم يرجع (وجه) قوله الاول ان هذا الخط بعض حقه وهو خمسةائة نهرجة فيبقى عليه  
خمسةائة نهرجة الا أنه أحسن في القضاء خمسةائة جيدة فلا يمنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسةائة نهرجة  
(وجه) ظاهر الرواية ان الصالح من ألف النهرجة على الخمسةائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان  
الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلة جنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورد فيها سواء فلا يصح  
الاعتياض عنها السقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصل سواء ولان الصالح على هذا الوجه لا يخلو اما أن  
يجعل استيفاء عين الحق أو يجعل معاوضة لاسيل الى الاول لان حقه في الردى لا في الجيد فيحمل على المعاوضة  
فيصير بائعا ألف نهرجة بخمسةائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصالح منها على دنانير حكم الدراهم في جميع  
ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه صرف ولو ادعى  
الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل خطا لا معاوضة لانه لو جعل  
معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعةائة وخمسين  
فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل خطا للدنانير أصلا وبعض الدراهم



وذلك تسعمائة وتأجيل البعض وذلك مائة إلى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكفصا لحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل حطا واسقاطا للسكر لا معاوضة لأن استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالا ن عليه لرجلين لا أحدهما دراهم والآخر دنانير فصا لحه على مائة درهم جاز وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وحطا واسقاطا في حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون عوضا عنها فيكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف فيستترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضا لانه يؤدي إلى الربا فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي والأصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لانه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق والإبراء عن الباقي لأن استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاوضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الأصل وعلى هذا إذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطا للحلول وتأجيلا للدين وتجاوزا بدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة فقد ذكرنا انه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي وأما إذا صالح على خمسمائة أن يعطيها إياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) أن وقت لاداء الخمسمائة وقتا (وأما) أن لم يؤت فان لم يؤت فالصلح جائز ويكون حطا للخمسمائة لأن هذا الشرط لا يفيد شيئا لم يكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر للزمه الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الخط على هذا بان قال للغريم حطت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لما بينا وأن وقت بان قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطيني اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم واما ان نص عليه فقال فان لم تعطني اليوم أو ان لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالألف عليك فان نص عليه فان أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض وبرى عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فالألف عليه بلا خلاف وكذلك الخط على هذا (وأما) اذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فان اعطاه في اليوم برى عن خمسمائة بالاجماع وأما اذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والألف عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله أن شرط التعجيل ما أفاده شيئا لم يكن من قبل لأن التعجيل كان واجبا عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الأمر على ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما اذا قال فان لم تفعل فكذا لأن التنصيص على عدم الشرط نفى للمشروط عند عدمه فكان مفيدا (وجه) قولهما أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انقاساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لأن العاقل يقصد بتصرفه الافادة دون اللغو والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا لأن التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهرا شرطا لا تنقاساخ العقد عند عدم التعجيل فصا ركانه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الأمر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد كما ادّباع بألف على أن يتقد الثمن إلى ثلاثة أيام فان لم يتقدمه فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيل وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جاز والألف لازمة للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفاء الخمسمائة إلى رأس الشهر شرطا للكفالة بألف فاذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال حطت عنك خمسمائة على أن توفي رأسي الشهر خمسمائة فان لم تفعل فالألف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لأن هذا هنا علق الخط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطا لا تنقاساخ الخط وفي الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطا للعقد وهو الكفالة بالألف والفسخ للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثاني أوثق

أو ثق من الاول وكذلك لو جعل المال نجو ما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لانه جعل الاخلال بنجم شرط للحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال أدالي من الالف خمسمائة غدا على أنك برى ممن الباقي فان ادى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقي اجماعا وان لم يؤدفع عليه الالف عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرّت المسئلة ولو قال ان أديت الى خمسمائة فانت برى ممن الباقي أو قال متى أديت فادى اليه خمسمائة لا يبرى عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح أو الخط أو الامر لان ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على ما مر ولو قال لمكاتبه ان اديت الى خمسمائة فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أو لم يشترط فان صالح على أقل من حقه قدراً أو وصفاً أو قدراً ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جازو يكون خطأ ويجوز بدون حقه وله ان يأخذ الباقي بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل وعليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالخط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولو كان الواجب عليه قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقاً للمأثلة المتعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عيناً جاز ولا يشترط القبض وان كان ديناً موصوفاً يجوز أيضاً لكن القبض في المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالكيل والموزون الذي ليس في تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كراخطة فنقول وبالله التوفيق اذا كان المدعى ديناً سوى الدراهم والدنانير فان كان مكيلان كان كراخطة مثلاً فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه قدراً أو وصفاً جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدراً أو وصفاً جاز ويكون خطأ لمعاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً وان صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدراً جاز أيضاً ويكون استيفاء لعين حقه أصلاً وبراءة عن الصفة فلا يشترط القبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدراً أو وصفاً أو قدراً لا وصفاً لا يجوز لانه ربا وان صالح على أكثر منه وصفاً لا قدراً بان صالح من كرهى على كره جاز ويعتبر معاوضة احترازاً عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كره مؤجل جاز لانه حط حقه في الحلول ورضى بدون حقه كفاي الدراهم والدنانير هذا اذا كان أكثر الدين حالاً فان كان مؤجلاً فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الصلح من الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من الكره على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان الكره الذي عليه سلباً لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للسلم وفسخاً له وذلك جائز وان لم يكن سلباً فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض وان كان معيناً مضافاً اليه لانه لا يتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين وان كان ذلك من الكيلات



وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوف في الذمة جاز أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا كان عليه دراهم أو دينار  
فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قول بل بالاثمان والمبيع  
ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعا إلا انه لا بد من القبض في المجلس احتراز من الافتراق عن دين  
بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز في الثياب الموصوفة إذا أتى بشرائط السلم  
لكن القبض في المجلس شرط احتراز عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت  
ديناً في الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزوناً وديناً موصوف في الذمة فصالح منه على جنسه أو على  
خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلاً أو موزوناً وديناً موصوف في الذمة فان  
كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف  
جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل  
حقه قدر او وصفا فان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب هر وى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين  
حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدر او وصفا أو وصفا لا قدر يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه  
وخطأ للباقي وبراء عنه أصلاً ووصفاً والبراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من  
حقه قدر الا ووصفاً بان صالح من ثوب ردى على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدينار والمكيل والموزون  
الموصوفين بان صالح من ألف نهر جرة على خمسمائة جيد أو صالح من كر ردى على نصف كر جيد أو صالح من من  
حديد ردى على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز لان الجودة  
في غير الاموال الربوية عند مقابلة جنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل ان تكون الجودة  
متقومة في الاموال كلها لانها صفة مرغوبة يبدل العوض في مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها في الاموال الربوية  
تعبداً بقوله جيد هاوردتها سواء بقيت متقومة في غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها وان صالح على أكثر من  
حقه قدر او وصفاً بان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وى بين جيد يجوز لكن يشترط القبض لان  
جوازه بطريق المعاوضة والجنس باقراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي الى الربا وكذلك ان صالح على  
أكثر من حقه قدر الا ووصفاً بان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وى بين جيد جاز والقبض شرط لما  
ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه وصفاً لا قدر بان صالح من ثوب ردى على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذا لم يكن  
حملة على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدي الى الربا  
وان صالح على خلاف جنس حقه كائناً ما كان لا يجوز ديناً كان أو عيناً لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه  
لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخاً لا استبدالاً وان كان المدعى حيواناً موصوفاً في  
الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو  
مقر وض في باب الدية في الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمقر وض في الباب أصلاً وكل ذلك لا يخلو اما ان صالح  
قبل تعيين القاضي نوعاً من الانواع المقر وضة أو بعد تعيينه نوعاً منها فان صالح على المقر وض قبل تعيين القاضي بان  
صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألف شاة أو على مائة حلة  
جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الانواع المقر وضة بمنزلة تعيين القاضي فيجوز ويكون  
استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلاً برضا القاتل وكذلك اذا صالح على أقل من المقر وض يكون استيفاء  
لبعض عين الحق وبراء عن الباقي وان صالح على أكثر من المقر وض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضي نوعاً  
منها فان صالح على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف  
الجنس المعين فان كان من جنس المقر وض في الجملة بان عين القاضي مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعين القاضى فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب  
 في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازاً عن الافتراق عن دين بدين وكذلك اذا كان من خلاف  
 جنس المقر وض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشتط التقابض  
 لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتعين الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست  
 من جنس الابل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أو أكثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على  
 دراهم في الذمة وافتراق من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقاً عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء  
 عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الا ترى ان من عليه اذا جاء بقيمته يحجر  
 من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة هذا اذا قضى القاضى عليه بالابل فان  
 قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل  
 هذه الاشياء دراهم أو دنانير وانما أثمان فتتبع هذه مبيعة وبيع المبيع الذى ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا  
 اذا صالح على المقر وض في باب الدية فما اذا صالح على مال ليس بمقروض أصلاً كالمكيل والموزون سوى الدراهم  
 والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في القرض قبل تعيين القاضى جاز وان كانت قيمته أكثر من المقر وض لكن  
 القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضى فهو على ما ذكرنا من  
 التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا هذا الذى  
 ذكرنا اذا كان بدل الصالح مالا عيناً أو ديناً فالما اذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه أو ركوب دابة بعينها أو  
 على زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى  
 عليه أو عن انكاره أو عن سكوته لان الاجارة تملك المنفعة بعوض وقد وجد امان في موضع الاقرار فظاهر لان بدل  
 الصلح عوض عن المدعى وكذا في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة  
 واليمين وكذا في السكوت لان الساكت منكر حكماً سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تملك المنفعة قد يكون بالعين وقد  
 يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من  
 سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة في كتاب الاجارات  
 واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان  
 صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فاشبه باعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع  
 بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤجره من غيره لان منفعته صارت مملوكة  
 له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤجره من المدعى عليه في مدة  
 الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كالأجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كالأجره من المؤجر  
 في مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع ويبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شئ من الاجرة كذا هذا وله  
 أن يسافر به وذكرفى الاجارة ان من استأجر عبداً للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتى السفر والحضر  
 والفرق ان المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالاجر لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه وور بما يلزمه برده  
 مؤنة تريد على الاجرة فيتضرر به فلم يملك المسافرة به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم  
 صاحب العبد فاشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به كذا هذا ولو ادعى على رجل داراً في  
 يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذى في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى  
 متصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة  
 لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفاً في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوماً فلا يصح



الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم في حقه وكذا اذا صلح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للمصالح حتى انه اذا صلح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس بمملوك للمصالح فتبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البذل تؤدي الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيئا لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البذل لا تمنع جواز العقد لغيرها بل لا فضاها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فاذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسلم لا يفضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا أن الصلح من القصاص في النفس ومادونه تتحمل الجهالة القليلة في البذل كما تتحمل في المهر في باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صلح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له في رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذا على هذا الخاطئ وعلى أن يسيل ميزابه في داره أياما معلومة لا يجوز لان ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها فلا يصح الصلح عليها والا صل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه ومالا فلا

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو ديناً أو حقاً ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقاً من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولي الامر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صلح من حد القذف بأن قذف رجلاً فصالحه على مال على أن يعفوه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعاً فكان في حكم الحقوق المتمحضة حق الله تعالى عز وجل وانما لا تحتل الصلح كذا هذا وكذلك لو صلح شاهد ايريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في اقامة الشهادة محتسب حق الله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضي به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص في النفس ومادونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البذل عينا أو ديناً الا اذا كان ديناً يشترط القبض في المجلس احترازاً عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوماً أو مجهولاً جهالة غير متفاحشة حتى لو صلح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كما في النكاح فاما اذا صلح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لا خلاف الا ما كن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتتمنع الجواز كما في باب النكاح والا صل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص ومالا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لغيرها الا ترى ان الشرع ورد به المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما يمنع منها لانه لا فضاها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المساحة كالا نسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضياً الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المما كسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والا نسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البذل يسقط القصاص وتجب الدية وفي النكاح

يجب مهر المثل الآن بينهما فقامن وجهه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصالح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر فألفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما اذا سكت عن المهر أصلاً فهو الفرق وسواء كان البذل قدر الدية أو اقل أو أكثر لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان قوله عز وجل فمن عفى له أي أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبّع مصدر بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف اذا أعطى له شيء واسم الشيء يتناول القليل والكثير فدلّت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمدة انه اذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمدة عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدّر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البذل عنه زيادة على المال المقدّر فلا يتحقق الرابف هو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوماً فليس بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقاً في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البذلين فيصح بطريق الاسقاط فلا يؤدي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم والقبض لان الساقط لا يحتمل ذلك وقد مر ان الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني ان يكون حق المصالح والثالث ان يكون حقاً ثابتاً له في المحل فلا يكون حقاً له أولاً يكون حقاً ثابتاً له في المحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبيها في يده انه ابنه منها ووجد الرجل فصالحته عن النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتراض عن حق غيرها ولا ان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع في المحل انما الثابت له حق التمليك وهو ليس بمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك المحل يصير مملوكاً في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتاً في المحل فلك الاعتراض عنه بالصالح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه وإيتان في رواية لا تبطل لانه ماضى بسقوط حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان البراءة لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم يسلم العوض فاذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا اذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيّف شارعاً أو مزارعاً فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يحل من وجهين اما أن يكون الطريق نافذاً واما أن لا يكون نافذاً اذا كان نافذاً فخاصمه رجل من المسامين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رقبته الطريق النافذ لا تكون ملكاً لأحد من المسامين وانما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت في رقبته الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع وكذلك لو صالح الثاني مع هذا المتقدم اليه على مال يأخذ من المتقدم اليه الطرح فالصلح باطل لان الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا اذا كان الطريق نافذاً فأما اذا لم يكن نافذاً فصالحه رجل من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لان رقبته الطريق هنا مملوكة لأهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها



ملكاً فجاز الصلح عنه وكذا السقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيداً لا حتماً لا تحصيل رضا الباقي ولا يحتمل ذلك في الوجه الأول لأنهم لا يحصون وكذا الوصلح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال لأن رتبة الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضاً عن ملكه فصح فاما في طريق المسلمين فلا ملك لا حديقها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضاً عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الحصص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا بقي على الطريق فاما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز لأنه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرى من اليمين وكذا إذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التي وجبت لك على أوقال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح لأن هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لأن اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندى ألك بينة قال لا قال ألك يمينه جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحاً عن حق ثابت شرعاً للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لا سقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال المدعى عليه اشترت منك اليمين على كذا وقال المدعى بعثت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يحز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل أنه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز لأن هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعى لأن الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتاقاً على مال فيصح إلا أن الولاء لا يكون له لا نكار المدعى عليه الرق فإن أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل إلا في حق اثبات الولاء وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل كان جائزاً لأن الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدلاً عن العتق في حقه فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لأن النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزاً وفي حقه بدل مال لا سقاط الخصومة وأنه جائز أيضاً للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجدد الرجل فصالحها على مال بذلها لا يجوز لأنه لا يخلو إما أن يكون النكاح ثابتاً أو لم يكن ثابتاً فإن لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز ولو ادعى على إنسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه أن حلف المدعى عليه فهو برى فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذها به لأن قوله على أنه أن حلف المدعى عليه فهو برى تعليق البراءة بالشرط وأنه باطل لأن في البراءة معنى التملك والأصل في التملك أن لا يحتمل التعليق بالشرط وإن لم تكن له بينة وأراد استجلافه فهو على وجهين إن كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لأن تلك اليمين غير معتبرة لأنها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتداً بها وإن كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً لأن الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الإبقاء ثانياً ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فاذا حلف فالمال واجب على المدعى عليه فهو باطل لأن هذا تعليق وجوب المال بالشرط وأنه باطل لكونه قماراً ولو أودع إنسان أودعة ثم طلبها منه فقال المودع هلك أو قال رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتم افتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد أن هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة وبين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف أن المدعى مناقض في هذه الدعوى لأن المودع أمين المال وقول الأمين قول المؤتمن فكان إخباره بالرد والهلاك إقراراً من المودع فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى إلا أنه يستحلف لكن لا يدفع الدعوى لأنها مندفعة لبطلانها بل للتهمة وإذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فصالحا على شيء جاز لان دعوى  
 الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصالح الصلح ولو طلب المودع الوديعة فجحد المودع وقال لم تودعني شيئا  
 ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فصالحا جاز لان المالك يدعى عليه ضمان الغصب بالجحود إذ  
 هو سبب لوجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة لان كل ذلك أمانة ولو  
 اشترى من رجل عبدا فظعن فيه بيع فيه ثم صاح له على شيء أو حط من ثمنه شيئا فان كان العبد مما يجوز رده  
 على البائع وله المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لان الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو  
 صفة سلامة المبيع عن عيب وانما من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصالح وكذا الصلح عن  
 الارش معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد  
 فالصلح باطل لان حق الدعوى والخصومة فيهما قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم  
 زال العيب بأن كان بياضا في عين العبد فالحل بطل الصلح ويرد ما أخذ لان المعوض وهي صفة السلامة قد عادت  
 فيعود العوض فبطل الصلح ولو ظعن المشتري بيع فصالحه البائع على أن يريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو  
 جائز لان البراءة عن العيب ابراء عن صفة السلامة واسقاط لها وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والبراءة  
 عن كل عيب وان كان ابراء عن الجهول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة البراءة للفقهاء الذي مر  
 قبل هذا ان الجهالة لعينها غير مانعة بل لا فضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والقبض والذي وقع الصلح والبراءة عنه  
 لا يقتضي التسليم والقبض فلا تنصير الجهالة وكذلك لو لم يظعن المشتري بيع فصالحه البائع من كل عيب على شيء  
 فالصلح جائز لانه وان لم يظعن بيع فله حق الخصومة فيصالحه لا بطل هذا الحق ولو خاصمه في ضرب من العيوب  
 نحو الشجاج والقرح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له ان يخاصمه فيه لان الصلح وقع عن نوع خاص  
 فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى شيئا من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تزوجه فهو جائز وهذا  
 اقرار منها بالعيب فان كان يبلغ ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وان كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لان ارش  
 العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيئا  
 بارش عيب كان اقرارا بالعيب لان الشراء معاوضة فلا تقدم عليه يكون اقرارا بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون  
 اقرارا بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطا فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو  
 اشترى ثوبين كل واحد عشرة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزده في ثمن الآخر  
 درهمين فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك (وجه) قوله  
 ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع تبطله الشروط الفاسدة (وجه) قولهما ان هذا تعليق  
 الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل لان الزيادة تلحق بأصل العمد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لانه في معنى  
 الثمن فكذا الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط فجائز ولو ادعى على امرأة نكاحا فجدت  
 فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لان اقرارها  
 بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على انسان ألفا وأنكر المدعي فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالالف  
 فهو باطل لان المدعي لا يخلو اما ان يكون صادقا في دعواه الالف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالالف  
 واجبة على المدعي عليه ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا في دعواه فاقرار المدعي عليه  
 بالالف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز  
 اذا كان بمحض من الشهود ويجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجدت  
 فقال أزيدك مائة على أن تقر لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل



أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) إذا كان بين المدعى والاجنبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلو أمان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وإن كان بغير أمره فهو صلح القضيولى وأنه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على انى ضامن لك الالف أو على أن على الالف والثانى أن يضيف المال الى نفسه بأن يقول على النقي هذه أو على عبدى هذا والثالث ان يعين البدل وإن كان لا ينسبه الى نفسه بأن يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وإن لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس ان لا يفعل شيأ من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبيد وسط ولم يزد عليه فى الوجوه الاربعه يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين اخويكم وهذا خاص فى صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام فى جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لا يستغرق الجنس ولأنه بالصلح فى هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وإن كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحة يجب عليه تسليم البدل فى الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على مانذ كرهه فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) فى الوجوه الخماس فوقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتكليف لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا تحقق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح القضيولى اذا كان حراً بالغاً فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبي على هذه القصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل وإن كان بغير اذنها فهو على القصول التى ذكرنا فى الصلح وكذلك الزيادة فى الثمن من الاجنبي على هذا التفصيل ان كان باذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري وإن كان بغير اذنه فعلى ما ذكرنا من القصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبي على هذه القصول ثم لا يخلو أمان ان صالح على المقر وض أو على غير المقر وض بمقدار المقر وض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبي ما يجوز من صلح القاتل وما لا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح القضيولى على خمسة عشر ألفاً أو على ألفي دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان القضيولى بالصالح فى مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين فقضى عنه القين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المقر وض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الرابول لا يجرى فى مختلفي الجنس وكذلك لو صالح على مائتي بغير عينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا القضيولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة فى باب الدية لان مطلق الابل فى هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا البعض فان كان فى اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة فى باب الدية فلطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المقر وض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان فى السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

استان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على استيفاء عين الحق وان كان القاضي عين الواجب فقصي عليه بالدرهم فصالح المتوسط على الف دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف في راعى له شرائطه والله تعالى أعلم

**فصل** (وأما) بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق ان للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا يتفصل عنه جنس الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الأصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملته ان المدعى لو كان داراً أو بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدينار وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها للشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقاة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح داراً أو الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً لما مر أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تبايعا داراً بدار فياً خذ شفع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة ويعطى المدعى عليه داراً أخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعاً ملك المدعى لا استحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعي كون المتأخوذ مبيعاً في حق من يأخذ منه لان الصلح عن انكار في جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه اذا كان عينا فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدرا المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعاً ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت في جانب المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع في حقه لا في حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصه العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولد له لم يكن مغروراً ولا يرجع بقيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه الا أنه اذا استحققت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد بدل الصلح عينا فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للتقصان في بدل المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصه العيب وكذا اذا حلفه فنكل وان حلف فلا شيء عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح وقرق الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن انكار ببذل الصلح عن القصاص والمهر وبذل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعاً من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعي كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا



على ما نذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعى بيعه وهبته ونحو ذلك وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصلح أن يبيعه ويبرئ عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق إن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن انقضاء العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لأن الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الانقضاء فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالموروث وبذلك بين أن الحاق العقد بالعقد الذي هي مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير سديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لأن الصلح لم ينفسخ فبقى وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) أن الوكيل بالصلح إذا صالح ببدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعى عليه فهذا في الأصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق فإن كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعى عليه لأنه يكون جارياً مجرى البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً إما أن ضمن بدل الصلح وإما أن لم يضمن فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيراً بمنزلة الرسول فلا ترجع إليه الحقوق وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) القضولى فإن نفذ صلحه فالبديل عليه ولا يرجع به على المدعى عليه لأنه متبرع وإن وقف صلحه فإن رده المدعى عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أجاز به جاز والبديل عليه دون القضولى

**فصل** وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الإقالة فيما سوى القصاص لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للنسخ كالبيع ونحوه (فأما) في القصاص فالصلح فيه إسقاط محض لأنه عفو والعفو إسقاط فلا يحتمل النسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام والحق بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحررية لأن حكمها حكم الحرية والمسئلة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لأنه يفسخ العقد لما علم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس باطلاً حقيقة بل هو بيان أن الصلح لم يصبح أصلاً لأنه بطل بعد الصحة لأنه إبطال من حيث الظاهر لنفاذ الصلح ظاهراً فيجوز إلحاقه بهذا القسم لكنه ليس بإبطال حقيقة فكان إلحاقه بأقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقهاء كان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المتافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الإجازة وأما تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعة هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو أما إن كان حيواناً كالعبد والدابة أو غير حيوان كالدار والبيت فإن كان حيواناً لا يخلو أما إن هلك بنفسه أو باستهلاك فإن هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعاً وإن هلك باستهلاك فلا يخلو من ثلاثة أوجه إما أن استهلكه أجنبي وإما أن استهلكه المدعى عليه وإما أن استهلكه المدعى فإن استهلكه أجنبي بطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعى الخيار إن شاء نقض الصلح وإن شاء اشترى له بقيمته عبداً يخدمه إلى المدة المضروبة (وجه) قول أبي يوسف أن هذا المنفعة بمنزلة الإجازة لأن الإجازة تملك المنفعة بعوض وقد وجد ولهذا ملك إجازة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الإجازة والإجازة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاك كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف أن هذا صلح فيه معنى الإجازة وكان معنى المعاوضة لازماً في الإجازة فعني استيفاء عين الحق أصل في الصلح فيجب اعتبارهما جميعاً ما أمكن ومعلوم أنه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لأنها ليست من جنس المدعى فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك إلا بعد ثبوت الملك له فيها فيجعل كأنه ملكه في حق استيفاء حقه منها وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفى من البديل بأن يشتري له عبداً فيخدمه إلى

المدة المشروطة وله حق النقض أيضاً لتعذر محل الاستيفاء وان استهلكه المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فأعتقه يبطل الصلح أيضاً وقيل هذا قول محمد فاما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له بها عبداً آخر يخدمه الى المدة المشروطة كما اذا قتله أجنبي وكالراهن اذا قتل العبد المرهون أو أعتقه وهذا لان رقبة العبد وان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن وكذا لو استهلكه المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد ويشتري عبداً آخر يخدمه وهل يثبت الخيار للمدعى في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا اذا كان الصلح على منافع الحيوان فاما اذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان انهدم أو باستهلاكه بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه الى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يتعذر هنا خلاف محمد لان إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع وإجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنها مرة أخرى في بعض اشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا ينسخ الصلح لان الاقرار مبين ان الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقر الصلح لا مبطلا له ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسمع بينته الا اذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فاقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بينته وتبين ان للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الصلح اذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو أن يرجع المدعى الى أصل دعواه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره الا ان في الصلح عن قصاص اذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغروراً من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان العرور أيضاً وبيان هذه الجملة انهم اذا اتفقا على الصلح فيما سوى القصاص أو رد البذل بالعيب وخيار الرؤية فيرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان الاقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد واذا فسخ جعل كان لم يكن فعاد الامر على ما كان من قبل وكذا اذا استحق لان بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لقوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلاً فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا أن في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لان صورة الصلح أو رثت شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفي مع الشبهة فسقط لكن الى بدل وهو الدية فاما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفاءه مع الشبهة فمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشيء آخر الا اذا صار مغروراً من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فقبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فانه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار لانه صار مغروراً من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكحل حينئذ يرجع بما ادعى وقيمة الولد لانه تبين أنه كان مغروراً فيرجع عليه بضمان العرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لان العقر بدل لمنفعة المستوفي فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو ماله فصار حلف المدعى عليه فاستحققت فانه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر لانه كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكحل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لانه كان حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فردته حتى يبطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على درهم مسماة وضمنها



ودفعها اليه ثم استحققت أو وجدها ز يوفأله ان يرجع على المصالح المتوسطة لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحققت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع ( أما ) في موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حقهما جميعاً ( وأما ) في موضع الانكار فلا ان المأخوذ عوض في حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لقوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجوع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجوع الى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو خل أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك نجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شئ عوهمنا يجب شئ لان هناك صار مغروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غريره في شئ يكون ملتزماً بما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مستقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الامر بين والله عز وجل أعلم

### ﴿ كتاب الشركة ﴾

الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع ثبت بفعل الشريكين ونوع ثبت بغير فعلهما ( أما ) الذي ثبت بفعلهما فتحو أن يشتر ياشياً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما ما في قبلا فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك ( وأما ) الذي ثبت بغير فعلهما فال ميراث بان ورثاً شيئاً فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك ( وأما ) شركة العقود فال كلام فيها يقع في مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان شرائط ركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصانع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه ( أما ) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان اشتر كننا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن مار زق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما يدل على شركة العقود بان قالوا ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشتري أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهم لما جعلوا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أراداه الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكر الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شئ فبيني وبينك أو قال فبيننا وقال الآخر نعم فان أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصح على الشراء والبيع وان أراد به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشرريكي التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما اذا أورتا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن لا يفوض الموكل الراى الى الوكيل بان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لي من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشتري في الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لي من شئ اليوم

أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشتريت لي من شيء بالف درهم فهو جائز أو ما اشتريت لي من البر والخز  
فهو جائز وإنما كان كذلك لأن مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من التنية فإن نوي به الشركة كان  
شركة في عموم التجارات لأن الأصل في الشركة العموم لأن المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل إلا  
بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا لأن ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وإن نوي به  
الوكالة كان وكالة ويقف صحته على شرائطها من الخاصة أو العامة لأن منبى الوكالة على الخصوص لأن المقصود منها  
تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا إلا أنه يكفي في الوكالة العامة بيان أحد  
الاشياء التي وصفنا لأنه لما عممها بتقويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة القاحشة  
كالشركة لكنهما وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فإن أتى بشيء مما ذكرنا جازت والا  
بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فيني وبينك نصفين فقال  
الرجل نعم فإن أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك أن وقت مالا ولم يؤت يوما وكذا  
أن وقت صنفان الثياب وسمى عددا أو لم يسم ثمنًا ولا يومًا وإن قال ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسم شيئاً  
مما ذكرنا فإن أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لما يذكر البيع ولا ما يدل على شركة  
العقود علم أنها وكالة فلا تصح إلا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد في الأصل في رجلين اشتركا بغير مال على  
أن ما اشترى اليوم فهو بينهما حصصاً صنفان الأصناف أو عموماً ولم يخصا فهو جائز وكذلك أن لم يوقتا للشركة وقتاً كان  
هذا جائزاً لأنهما لما جعل ما يشتريه كل واحد منهما دل على أنها شركة وليست بوكالة لأن الوكالة لا تكون من الجانبين  
عادة وإذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص قال وإن أشهد أحدهما أن ما يشتريه لنفسه بغير محضر من  
صاحبه فكما اشترى شيئاً فهو بينهما لأن الشركة لما حلت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه فهو بالاشهاد  
أنه يشتري لنفسه يداخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالأعمال فهو أن  
يشتري كل واحد من الخياطة أو القصارة أو غيرها فيبيعها فيقولوا اشتركتنا على أن نعمل فيه على أن مارزق الله عز وجل من  
أجرة فهي بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشتري كل واحد من الناس لهما وجهاً عند الناس  
فيقولوا اشتركتنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالتقدي على أن مارزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط  
كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لأنه لا يباع بالنسيئة إلا الوجهية من الناس عادة ويحتمل أنه سمي بذلك لأن كل  
واحد منهما يواجه صاحبه ينتظر أن من يبيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الأنواع الثلاثة العنان والمقاوضة  
وفصل بينهما بشرائط تختص بالمقاوضة تذكروها في موضعها إن شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا إنها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعي  
رحمه الله شركة الأعمال والوجوه لا جواز لها أصلاً ورأساً (وأما) شركة الأموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها  
المقاوضة وقال مالك رحمه الله لا أعرف المقاوضة وقيل في اشتقاق العنان أنه مأخوذ من العن وهو الاعراض يقال  
عن لي أي اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فمن لنا شرب كأن نعاجه \* عذاري دوار في ملاء مدبل

سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لأنه يقع على حسب ما يعين لهما في كل التجارات أو في بعضها دون بعض وعند  
تساوي المالكين أو تفاضلهم أو قيل هو مأخوذ من عنان القرس أن يكون بأحدى يديه ويده الأخرى مطلقة يفعل بها  
ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة له عنانا لأنه لا يكون إلا في بعض الأموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي  
كيف يشاء أولاً لأن كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتعاطون  
هذه الشركة قال النابتة



وشاركنا قريشاً فيها \* وفي احسابها شرك العنان

(وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال القائل وهو العبدى

يهدى الامور بأهل رأى ما صلحت \* فان تولت فبالاشرار تنقاد

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم \* ولا سراة اذا جهالهم سادوا

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لا اعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكر وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعي رحمه الله ان الشركة تنبى عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانهما وضعت لاستئثار المال بالتجارة لان ثماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستئثار ولا بد من أصل يستتمى ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع أمتى على ضلالة ولائهما يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستئثار المال فيستدعى أصلاً يستتمى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فاشترعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلا ن شرع لتحصيل الاصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير تكبر ومارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل بفعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقرمهم على ذلك حيث لم ينههم ولم يذكر عليهم والتقير بأحد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئثار المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستئثار فكان مشروعاً ولا نه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعاً (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عني به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عني به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولائهما مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحدة منهما جائزة حال الافراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولائها طريق استئثار المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة مجعول وانها غير صحيحة حالة الافراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجعول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفو وان لم يكن عفو حالة الافراد كما في شركة العنان فلانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الافراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الافراد فكذا هذا وان كان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا التقدم مقصود بل ضمناً للشركة وقد ثبت الشيء ضمناً وان كان لا يثبت قصد أو يشترط للثابت مقصوداً اما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً كعزل الوكيل ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان شرائط جواز هذه الانواع فاجوازها شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد

منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما اذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها أهلية الوكالة لماعلم في كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولاً تفسد الشركة لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً فان عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فله شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهي التي لا تتعين بالتعيين في المفاوضات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عتانا كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة في العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي يتضمنها الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بيع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً فيؤدي الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدي الى جهالة الربح ولان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة في العروض تؤدي الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيئاً بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر لان العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي الى ربح ما لم يضمن وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدي الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضوا ويخلطوا جميعاً حتى يصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبر فله يصلح رأس مال الشركة ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعروض وفي كتاب الصرف جعله كالائمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا يفسخ العقد والا مر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) الفلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبني على أصل وهو ان الفلوس الرأجة ليست ائماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعاً باصلاح العاقدين حتى جاز بيع القليس بالقلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن ائماناً مطلقة لا حتمها لتعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد ائتمية لازمة للفلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أبي جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد



في الشركة لانهم عند الكساد يأخذان رأس المال عدد القيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعديدات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قوتهم جميعا لانها انما تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قوتهم جميعا لان الخلطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لمثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا كان المكيل نصفين وشرط الربح أثلاثا فخلطاه واشترى به فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالكين نصفين وعلى قول محمد على ما شرط فقول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس (ووجه) التخرج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعديدات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلط حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقد اعلمها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضر الاديان ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أو مقاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بها ما بع فارجحت يكون بيننا فاقام الأمور البينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالكين وهو خلط الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط به أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الاصل يبنى ما اذا كان المالان من جنسين بان كان لهما درهم واحد والاخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصالح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والاخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط في المقاوضة لافي العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبى عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالكين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهالك يكون من المالكين وما هلك قبل الخلط من أحد المالكين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشمل على الوكالة فيها جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالكين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبى عن الاختلاط فسلم لكن على اختلاط رأس المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاط الربح لا اختلاط رأس المال واختلاط الربح بوجوده وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالكين قبل الخلط فاما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالكين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التولية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمقاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمقاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حريين عاقلين لان من أحكام المقاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدر وهي شرط صحة المفاوضة بخلاف حتى لو كان المالك متفاضلين قدر لم تكن مفاوضة لأن المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا اقيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما محاحا والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألقابضاء والآخر ألقاسوداء أو بينهما فضل قيمة في الصرف لم تحز المفاوضة في الرواية المشهورة لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبي يوسف أن أحدي الألقين إذا كانت أفضل من الأخرى جاز وكانت مفاوضة لأن الجود في أمواله بالأقيمة لها شرعا عندما مقابلتها بجنسها فسقط اعتبار الجود فصارت كأنهما على صفة واحدة وهل تشتط الحانسة في رأس المال بأن يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشتط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد أن استوى في القيمة ولا خلاف في أنها إذا لم يستوى في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة أنه لا تكون مفاوضة وأن استوى في القيمة (وجه) هذه الرواية أن عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لأن القيمة تعرف بالجزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لأنهما من جنس الأثمان فكانت الحانسة ثابتة في الثمنية (ومنها) أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما يصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فإن كان لم تكن مفاوضة لأن ذلك يمنع المساواة وأن تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لأن ما لا تعتقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الأرزاج والأولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة فإن شرط التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في المفاوضة وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة أنه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي لأن الذمي يختص بتجارة لا تجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الخمر والخنزير فلم يستوى باقي التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف يجوز لا يستواءهما في أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستواءهما في التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمرتد كالكركخي أنها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمه الله أن تصرفات المرتد متوقفة عنده لو قوف أملا كـه فلا يساوي المسلم في التصرف فلا تجوز كـه لا تجوز بين المسلم والذمي وذ كـه محمد في الأصل وقال قياس قول أبي يوسف أنه يجوز يعني قياس قوله في الذمي ولا يبي يوسف أنه يفرق بينهما من حيث أن ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى أن قاضيا لو قضى بطلان تصرفه زوال ملكه ينفذ قضاءه وإذا كان ناقص الملك والتصرف نزل بمنزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاضل مسلم مرتدة ذ كـه كركخي أنها لا تجوز وقال القدوري رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لأن الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وإنما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المرتدين أموقوفه فإن أسماها جاز عقدهما وإن قبلا على ردتها أو ماتا أو لحقها بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لأن عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذ كـه القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن لا يجوز أما عند أبي يوسف فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب ومملكتهم ناقصة لما ذ كـه نافع صارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح إلا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق وإن شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وإن رجع قبل ذلك فهما



على الشركة لانه اذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملا كعند أبي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وإن أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة أن المرتد منهما إذا أقر ثم قتل لم يلزم إقراره شريكه لأن الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فإقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشرؤه لأن الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو بالخلاق فكانت باقية قبل ذلك فنقد تصرفه وإقراره ويكره للمسلم أن يشارك الذمي لانه يباشر عقود التجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كإلوه وكله (ومنها) لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يفهمون على ذلك وهذه العقود في الاعمال الغالب تجري بينهم فإن كان العاقد من يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وإن لم يذكر لفظها لأن العبرة في العقود لمعانها لا عين اللفظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولأن فقد شرط في عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد ما يقف تحته عليه ولا يقف حجة العنان على هذه الشرائط فقد انما لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح من لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأس المال فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لأحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عاما وهو أن يشتر كافي عموم التجارات وخصوصا وهو أن يشتر كافي شيء خاص كالزب والخز والرقيق والشباب ونحو ذلك لأن اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظه المفاوضة لأن اعتبارها في المفاوضة لدلالة اللفظ عليها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة الى لفظه المفاوضة ولا الى لفظه العنان أيضا لأن كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاوتا ومتساويا بالقلنا والاصل أن الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أما بثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لأن الربح نساء رأس المال فيكون للمالك وهذا يستحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك واما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقتضى الضمان خراجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراج له والدليل عليه ان صناعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا الضمان ثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملكك على ان لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئا من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان اذا عرف هذا فنقول اذا شرط الربح على قدر المالين متساويا أو متفاوتا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما والوضعية على قدر المالين متساويا أو متفاوتا لأن الوضعية اسم لجزءها لك من المال فيتقدر بقدر المال وإن كان المالان متساويين فشرط الا أحدهما فضلا على ربح ينظر ان شرط العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشرط كان في ملك ماشية لأحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نساء الملك فيكون على قدر المال كالأولاد والالبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعا أو عمل أحد هما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضعية على قدر المالكين لما قلنا وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي شرطاه فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز لان الذي شرطاه الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالان متفاضلين وشرطا التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرط العمل عليهما وكان زيادة الربح لأحدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالين عنده وان شرط العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح في حق صاحب الاقل لا يبقا بلهما مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالا موال عندنا وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر رأس المال تؤدي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط لجواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تنفي الى المنازعة لانه يعلم مقداره بظاهر او غالبا لان الدرهم والدنانير تو زان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالا اعمال فاما المقايضة منها (فن) شرائها أهلية الكفالة (ومنها) التساوي في الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المقايضة لما ذكرنا في الشركة بالا موال اما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال مات تجوز فيه الو كالة تجوز فيه الشركة ومالا تجوز فيه الو كالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا يخرج الشركة بالا اعمال في المباحات من الصيد والخطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشترى كاعلى أن يصيد أو يحتطب أو يحتش أو يستقي الماء ويبيعه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الو كالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا ترى انه لو وكل رجلا ليعمل له شيئا من ذلك لا تصح الو كالة كذا الشركة فان تشاركوا فخذ كل واحد منهما شيئا من ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما منفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعا معا كان المأخوذ بينهما نصفين لا ستوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة بضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له لان المكيل والموزن من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزن من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشيء في أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك بوجوب التساوي في الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما أو أعانه الاخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شيء للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاما بلغ (اما) وجوب أجر المثل للمعين فلا نه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ماسمى وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزداد على المسمى هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضي بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وقرق محمد بين هذا وبين سائر



الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطا لما زاد عليه والمسمى هناليس  
بمعلوم بل هو معدوم لانه ما سمي الانصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطه  
الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله  
لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شيء له وعند محمد له أجر مثله بالغاما بغير ربح أو لم  
يربح وستأني المسئلة في كتاب المضاربة ولو ان رجلا أجلس في دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس  
ان لا تجوز هذه الشراكة لانها شركة العروض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الخانوت والخانوت من العروض  
وشركة العروض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من  
صاحب الخانوت عمل وشركة الاعمال جائزة باختلاف بين أصحابها لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه  
جائزة بان يوكل خياط أو قصار أو كيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل  
وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسله جميعا كان ما أصاب بينهما لا يستوئهما في سبب الاستحقاق ولو كان  
الكلب لاحدهما وكان في يده فارسله جميعا فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبى لا عبرة به مع  
ارسال المالك فكان ملحقا بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما  
كلبه فأصابا صيدا أو أحدا كان بينهما نصفين لانهما تساوى في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما  
صيدا على حدة كان له خاصة لانه ملوك ففعله فاختص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلان ولا حدهما بغل  
وللاخر بعير على أن يؤاجر اذلك فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فأجرهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل  
معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة  
على هذا الوجه لا تصح ألا ترى ان من قال لا آخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة  
ولان الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر  
البعير فلان الشركة اذا فسدت فلا جارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم  
على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان لم يؤاجر البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل  
معلوم فحملا حمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة  
عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساوى في الضمان فيتساوى في الاجرة ولا عبرة بزيادة  
حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشرى يكن في شركة الصنائع لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير  
هنا آلة لبقاء العمل ولو أجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا أجر البغل بعينه كانت  
الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان  
كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبي  
يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاما بغير ربح أو لم  
شركة الاحتطاب قصاران لا حدهما أداة القصارة وللاخر بيت اشتركا على أن يعملما بأداة هذا في بيت هذا على ان  
النسب بينهما نصفان كان ذلك جائزا وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا بدل عن العمل لا عن  
الآلة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدلهما وكان أحدهما معينا للآخر بنصف الآلة والآخر معينا له  
بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولا حدهما دابة  
وللاخر كاف وجوالتان على ان يؤاجر الدابة على أن يؤجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة  
لصاحبها وللاخر معه أجر مثله في قولهم جميعا اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة  
واما الاجر فلا نه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها

ولو دفع دابة الى رجل ليؤاجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعتها بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة لبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعلمين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعلمين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن مشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشتري بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لما فصلنا فيها تقدم بنامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشتري حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرط على التساوى والتفاضل كان جائزا وضمان ثمن المشتري بينهما على قدر ملكيهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان فان شرط أحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشتري لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لأحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا تجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لا خردفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين ألف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

**فصل** وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كانه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شيء من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبدا ما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيئا قيمته ألف درهم أو ورثا دينار رجل واحد عليه قبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلا خرد أن يشاركه في أخذ منه نصف ما قبضه والا صل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيئا منه فلا خرد أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولى هذا الجانب لا يجوز لا نعدام التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التملك لان ما من جزأين الا واحد منهما ملكه والاخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا لثلاث يؤدى الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقباض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان



المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ ما إذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان من عليه الردى إذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً عين الحق وان كان أردأ فقبض الردى عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شركه يكون قدر ذلك للقبض ديناً على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقبض ما بقى له على الغريم وذلك مائتان وخمسون وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت لانه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقي الباقي من دينه على حاله فان أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فليس ربه أن يضمه نصف ما قبض لانه أئلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه فان لم يقبض أحد الشريكين شيئاً ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيئاً لانه لم يقبض شيئاً من الدين بل أئلف حصته لا غير فلا يضمن فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شيء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقي له من الدين أربع مائة ولشريكه خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسما لان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينتقض ابرأه بعد القسمة شيئاً مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيئاً ولكن اشترى نصيبه ثوباً من الغريم فالشريك أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه إنما اشترى الثوب ثمن في ذمة الغريم لا بما له في ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا جميعاً على الشركة في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضى شريكه به صار كانه باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيئاً ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان القابض بالخيار ان شاء سلم اليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم يوجب شيئاً على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوباً عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول أنا أعطيك نصف حقل من الدين لانه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لان من حجته أن يقول ديني قد ثبت عليك بعقد المدانة فتسليمك الى غيري لا يسقط مالي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى الذي على الغريم فله أن يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما لم يسلم الا وجهاً واحداً وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلاً لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقباض ليس له ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز ملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتوابعه فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون فان أخر أحدهما نصيبه لم يجز تأخيره في قول أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عند أبي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تأخيره في نصيب شريكه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما في نصيب شريكه فهو على الخلاف (وجه) قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطاً بالابراء فالتأخير أولى لانه دونه ولا في حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة والدليل على أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجهه لا يكون للأخرفيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التميز إذ هو اسم للفعل وأول مال حكى في الذمة بخلاف الإبراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرف في الدين بل في المطالبة بالاستقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لوقبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبق له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشاركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشاركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فاذا حل صار كأنه لم يزل حالا فتثبت له الشركة فان لم يقبض الاخر شيئا حتى حل دين الذي أخر عاد الامر الى ما كان فاقبض أحدهما من شيء يشاركه الاخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتر وجهها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشر يكة أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجهه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجهه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشر يكة أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشر يكة كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قوله جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فاشبهه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضممه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا شح المطلوب موهجة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشر يكة لانه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيئا بقدر نصيبه من الدين فلشر يكة أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما ل أحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشر يكة لانه ما استوفى الدين بل قضى دينه كان عليه اذا اصيل في الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى وذ كرا بن سباعة في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرى من حصة القاتل من الدين وكان لشر يكة القاتل أن يشاركه فيما خذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة أو استأجر الغريم خمسمائة مرسلة فرق بين هذا وبين ما اذا صلح على نفس الدين أو تزوج به (ووجهه) الفرق ان العقد هنا هو الصلح والنكاح وقع على مافي الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فان العقد هناك ما وقع على مافي الذمة مطلقا لا ترى ان العقد هناك أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذ كر على بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالخصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبى سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشر يكة أن يضممه لان قبض الرهن قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالا استيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريكين من



المطلوب عبد افات عنده فلشريكه أن يضمه لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المعصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بأففة سماوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شئاً بخلاف نفس العبد لانه ملكها بال ضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بأففة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبداً فاسداً وقبضه فأت في يده أو باعه أو أعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بأففة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شئاً وبحسب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة فأما الشركة بالاموال فبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لا حد شرعي العنان والمفاوضة ان يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا حد شرعي العنان أن يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد صاحبه يبيع مال الشركة ولأن الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولأن غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقداهما على العقد اذ من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع يقتضي الشركة وجد مطلقاً ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا بالا لا يتعابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دالة وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقاً انه يجوز عند أى حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذى ذكرنا في الدين المشترك اذا أخر أحدهما نصيبه هذا اذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما اذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لانه مالك وعاقده وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسئلة الوكيل بالبيع انه يملك تأخير الثمن والبراء عنه عندهما وعند لا يملك ( ووجه ) البناء ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهى من مسائل كتاب الوكالة الا أن هناك اذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهذا لا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقابل البيع ثم يبيعه بنسيئة واذا لم يقابل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقابل ويبيع بالنسيئة فاذا أخر يضمن وله يشتري بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشتري بالدراهم والدنانير شيئاً نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشتري بذلك الجنس شيئاً نسيئة فاما اذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشتري بدراهم أو دنانير شيئاً كان المشتري له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستديناً على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشتري بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالامان استدانة بخلاف ما اذا اشترى بها وفي يده مثلاً لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه اذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشتري بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر الحانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أبى انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لا اختلاف الجنس حقيقة فيصير كانه اشترى بجنس ما في يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر الحانسة معنى وهو النسيئة وقد تجانس في النسيئة فصار كانه اشترى بجنس ما في يده صورة ومعنى وله أن يبيع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عادتهم ولأنه أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فالابضاع أولى لان استعمال البضعة في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضاً لأنه لا بد للتاجر منه لأنه يحتاج الى ذلك عند اعتراض أحوال  
 تقع عادة لأن له أن يستحفظ المودع بأجر فغير أجر أولى وليس له أن يشارك إلا أن يؤذن له بذلك لأن الشيء  
 لا يستتبع مثله فإن شارك رجلاً شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريك لأن كان لا يملك  
 الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وإن اشترى  
 الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شيء للاجنبي فيه لأنه لم يملكه فبقى ما اشتراه على  
 حكم الشركة وقال الحسن بن زياد إذا شارك أحد شركي العنان رجلاً شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن  
 مفاوضة وكانت شركة عنان لأن المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان لأن المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال  
 وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخاً للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وإن كان محض من صاحبه  
 تحت المفاوضة وذلك إبطال لشركة العنان لأنه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة  
 بماله خاصة لأن الخلط إيجاب حق في المال فلا يجوز إلا في القدر الذي رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة  
 مضاربة ذكر محمد في الأصل عن أبي حنيفة أنه له ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك (وجهه)  
 رواية الحسن أن المضاربة نوع شركة لأن رب المال مع المضارب يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد  
 فلا يملك المضاربة (وجهه) ظاهر الرواية أنه يملك أن يستأجر أجيراً يعمل في مال الشركة فلا يملك الدفع مضاربة  
 أولى لأن الاجير يستحق الاجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئاً بعمله إلا إذا  
 كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستعجار فلا يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لأن  
 الشركة فوق المضاربة لأنها توجب الشركة في الأصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل  
 والشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بطلاق العقد  
 لأن المضاربة مثل المضاربة وتوكل التوكيل لأنه دون المضاربة والتوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لأن  
 الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وسند ذكره في كتاب  
 المضاربة أن شاء الله تعالى لأن تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فما كان للمضارب أن يعمل  
 فالشريك أولى وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لأن المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما  
 لو أجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحساناً والقياس أن لا يجوز لأن شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره  
 (وجهه) الاستحسان أن الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عادتهم ولأنه من ضرورات  
 التجارة لأن التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات  
 التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لأنه لا يملك أن يوكل غيره لأنه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك إلا الشراء فيمكنه  
 مباشرة بنفسه فلا ضرورة الى أن يوكل غيره ولأن الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشيء يستتبع دونه  
 ولا يستتبع مثله وبخلاف ما إذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة أنه ليس لأحدهما أن يوكل رجلاً ببيعه وإن  
 وكل لم يحز في حصة صاحبه لأن ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة الاملاك أجنبي عن صاحبه  
 محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكيله  
 ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شيء من تجارتها والمال من الشركة لما قلنا أن الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه  
 كتصرف الموكل فإن أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة أن كان في بيع أو شراء أو اجارة لأن كل واحد  
 منهما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولأن الموكل وكيل لشريكه فإذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله  
 وإن كان وكيله في تقاضى ما دينه فليس للآخر إخراج له لأنه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله  
 أن يستأجر أجيراً لشيء من تجارتها لأن الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في التجارة وهو من عادات التجار



أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجد بدأمنه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجري مجرى الاعيان فكان الاستئجار بمنزلة الشراء وهو ملك الشراء فيملك الاستئجار والا جر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله في العقد وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذلك في كتاب الرهن اذ ارهن أحدهما متاعاً من الشركة بدين عليها لم يحز وكان ضامناً للرهن ولو ارتهن بدين لهما اذ اناه وقبض لم يحز على شريكه وذلك محمول على ما انفارهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمتة والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن القاسد يكون مضموناً كالصحيح فكان مستوفياً حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفياً لجميع الدين فيصير مستوفياً حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء يرجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك في يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغير بحصته ويرجع الغير على القابض بما قبضه لانه باع ما سلم اليه لملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك يرجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشرى يكن اذا استوفى الدين المشترك كذا كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفى هو ويشاركه الآخر الى أن يستوفى الدين طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشرى نصيب شريكه لان محمداً قال لو قال رجل لرجل اعطني رهناً بدين فلان الذي عليك فان أجازره جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لانه لما أخذ رهناً لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلاً وهلك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وهما انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في الملاءة والافلاس وكون بعضهم أملاً من بعض وفي العادة يختار الاملاً فالاملاً فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفاء ولان الاحتياال تملك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاها أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن وكذلك كل دين لزم انساناً بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمدين أن يتمتع من دفعه اليه كالمشتري من الوكيل بالبيع له أن يتمتع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المدين لم يلزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل يرى من حصته ولم يبرأ من حصة الدين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لا حرجنا الى اعادته لان المدين يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشرى اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع اذا دفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشرى بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لاحدهما ان يخصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع  
 عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والا جني في هذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعقد  
 ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعقد أن يوكل وكذا قبض  
 الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولا أحدهما أن يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه  
 يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما واشترى فظهر عيب لا يرد الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان  
 الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الى العقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العقد فان أقر  
 أحدهما بعيبه في متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم  
 الله وفرق بين هذا وبين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة  
 لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولا حد الشرى يكتفى أن يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى  
 الشراء وأنه يملك الشراء الى أن يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعاً من الشركة فرد  
 عليه فقبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما لان قول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد  
 منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الاقالة واقالة أحدهما تنفذ على  
 الآخر وكذا لو حط من ثمنه أو أخرته لاجل العيب فهو جائز لان العيب يوجب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح  
 والخط أنفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز في حصته ولم يحز في حصة صاحبه لان  
 الخط من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع  
 ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مباحة على ما اشتراه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه  
 بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مباحة وهل لاحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي  
 أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أن له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا  
 وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس للشريك والمضارب أن يسافروا وهو قول أبي يوسف وروى عن أبي  
 يوسف أن له المسافرة الى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضاً بماله حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل  
 ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف أن السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه (وجه) الرواية التي فرق  
 فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان قرياً بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر (وجه) الرواية التي فرق فيها  
 بين ماله حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة أن ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة  
 تلزمه فيما لا حمل له (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانما صدرت مطلقة  
 عن المكان والمطلق يجري على اطلاقه لا الدليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لانه مؤتمن في مال  
 الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ما ان الشريك يملك أمر أذنه لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر  
 فلا يملكه الشريك أولى وقول أبي يوسف أن المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفاً (فاما) اذا  
 كان آمناً فلا خطر فيه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الارض من فضل الله ورفع الجناح عنه  
 بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح  
 أن تنبغوا فضلاً من ربكم مطلقاً من غير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة  
 التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا الم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك رأيك فاما اذا قال ذلك  
 فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخط مال الشركة بحال له خاصة والرهن والارتها مطلقاً  
 لانه فوض الرأي اليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقاً اذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل  
 له اعمل رأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد أنه أن ينفق من جملة المال على نفسه في



كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لأن الاتفاق من مال الغير لا يجوز إلا بأذنه نصاً (وجهه) الاستحسان والعرف والعادة لأن عادة التجار الاتفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولأن الظاهر هو التراضي بذلك لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لم يرجح محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه التزام ضرر للحال لنفع محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان أقدامهما على عقد الشركة دليلاً على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فإن ربحاً حسب النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس المال لأن النفقة جزء تالف من المال فإن كان هناك ربح فهو منه والأفهم من الأصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرناه يصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لأن كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلا نه لا عوض له في الحال فكان تبرعاً في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال يعمل برأيك أو لم يقل إلا أن ينص عليه بعينه لأن قوله يعمل برأيك فهو الرأى إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض ما لا لزومهما جميعاً لأنه تملك مال بالعقد فكان كالصرف في حقه وحق شريكه ولأنه أن كان الاستقرض استعارة في الحال فهو يملك الاستعارة وإن كان تملكاً يملكه أيضاً وليس له أن يكتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعقل على مال لأن الشركة تعتقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليسا من التجارة ألا ترى أنه لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال يعمل برأيك أولاً لمناقلاً وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قولهم جميعاً لأنه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه إلا بأذن نصاً وكذلك تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد لأنه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف والمسئلة تقدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لأن الأقرار حجة قاصرة فلا يصدق في إيجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لأن الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالأقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما أنها رجل لم يجز إقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرنا أن إقرار الإنسان ينفذ على نفسه لا على غيره لأنه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له يعمل برأيك أولاً لأن هذا القول فيد العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن الأقرار وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع عيने لأنه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرناه يجوز لأحد شريك العنان أن يفعله وهو جاز على شريكه إذا فعله فيجوز لأحد شريك المفاوضة أن يفعله وإذا فعله فهو جاز على شريكه لأن المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجواز له للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لأنها ما كانت أعم من العنان فهو يقتضى شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان ففسدت به شركة المفاوضة لأن المفاوضة يفسدها ما يفسد العنان لا اختصاصها بشرائط لم تشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الأحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز لأحد شريك المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطلب المقر له أيهما شاء لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر بإقراره ويلزم شريكه بكفالته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كضمن المشتري في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمغصوب والخلاف في الودائع والعواري والأجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار أن شاء أخذه بدينه وإن شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أمادين التجارة

فلا نه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البيعة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه لانه كفيل عن شريكه والبيعة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه فيسند ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والعارى والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التعدي على مال الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنائيات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤخذ به شريكه لانه ليس بضمن التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضاً لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جنائية فأشبهه ضمان الجنائية على بنى آدم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف في غير بنى آدم ضمان معاوضة لانه ضمان بملك به المضمون عوضاً عنه بخلاف ضمان الجنائية على بنى آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه مال يلزم شريكه عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفسه لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعاً (وجه) قولهما ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالمهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها بابل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولا في حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة تقع تبرعاً ابتداءً ثم تصير معاوضة باتتمامها لوجود التملك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملاً بالابتداء ويلزم شريكه عملاً بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعاً حتى لو باع أحدهما شيئاً من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبياع ولو اشترى أحدهما شيئاً يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كما للمشتري ولو وجد المشتري منهما عيباً بالمبيع فلصاحبه أن يرد به بالعيب كما للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يردّها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما فقد اقراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم يمين واحدة على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما عوى ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعاً في خراج التجارة وضمانها سواء ففعل أحدهما فيها كفعلها وقول أحدهما كقولها وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولا أحدهما أن يكتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعله الانسان في لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمر او معناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا ملك له فيه رأساً فلا يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المفلس قديس له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملك الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضرراً محضاً فلا يملكه في ملك غيره ويجوز له أن يزوج الامه لان تزويج الامه نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سواء



كان من باب التجارة أولاً بخلاف الشركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل في مال الشركة بما لا يستحقه الاجير يتيقن فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها يتيقن لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة المفاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتبعضها ولان الاب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك الثالث حقاً في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلاً شركة عنان فأما اذا فاض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة (وجه) قول محمد أن عقد المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولا يبي يوسف أن المفاوضة مثل المفاوضة والشي لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرهن على شريكه لان الرهن هو ابقاء والا رهن استيفاء وكل واحد منهما يملك الا يفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضي ما اداه أو ادائه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البيعة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو مالا بدله منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشتري مشتركاً بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وان وقع المشتري للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى ديناً عليه من ماله لا على وجه التبرع لانه ائتم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الانفراق كما فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ضرورة فأخرج عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية فبقية داخل تحت العموم فان اشتري ليس له أن يطأها ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما فلهذا جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لأحدهما أن يطأها فان اشتري أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة أن الشريك يرجع عليه شيء أولاً ولا يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه شيء من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن (وجه) قوله ان الحاجة الى الوطء متحققة فتأحق بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد تقدم ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف ولا يبي حنيفة ان الاصل في كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه أحد الشركين أن يقع المشتري مشتركاً بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو مالا بدله منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطء فوقع المشتري على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك كأنه قال اشتري جارية بيننا وقد ملكتك نصيب منها فكانت الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشتري وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت مالي على فلان فقد وهبته لك قبضه يملكه

كذا هذا وإذا كان كذلك فقد تعدت على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فإن اشترى  
 جارية للوط عباده شريكه فاستولد هاتم استحققت فعلى الواطى العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب  
 العقر فلا شك فيه لأن وطء ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين أما الحد وأما العقر وقد تعذر إيجاب  
 الحد لكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الأخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء  
 والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثمن لأن الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف  
 المهر في النكاح الصحيح والفاسد لأنه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة  
 ولو أقال أحد هما في بيع ما بعه إلا خرج جازت الأقالة عليهما لما ذكرنا أن الأقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على  
 الشركة فيملك الأقالة ولأن الشريك شركة العنان يملك الأقالة فالمفاوض أولى وإذا مات أحد المتفاوضين أو تفرق  
 يكن للذي لم يل المدينة أن يقبض الدين لأن الشركة بطلت بموت أحدهما لأنها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل  
 لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر  
 إذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لأنه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما)  
 الذي ولي المدينة فله أن يقبض الجميع لأنه ملك ذلك بعقد المدينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة  
 بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو أجزأ أحدهما نفسه في الحياطة أو عمل من الأعمال فالأجر بينهما نصفان وإن  
 أجزأ نفسه للخدمة فالأجر له خاصة لأن في الفصل الأول أجزأ نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فإذا  
 عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الأجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت  
 الأجرة له خاصة وقال أبو حنيفة إذا قضى أحدهما ديناً كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لأنه إذا قضى فقد صار  
 المقضى ديناً على القاضى أولاً ثم يصير قصاصاً بعهده على القاضى فكان هذا تملكاً بعوض فتناوله عقد الشركة فلم يجر  
 القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا أن قبضه قبض مضمون لأنه قبض مال الشريك أن  
 يملكه إياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لأنه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وإن زاد مال أحد  
 الشرى يكتسب لأن الواجب دين وزيادة مال أحد الشرى يكتسب إذا كانت ديناً لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها  
 لما مر أن الدين لا يصلح رأس مال الشركة فإذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لأنه زاد له مال صالح للشركة على مال  
 شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بحصة مائة وقيمتها ألف فأتت في يد المهرتين ذهبت بحصة مائة ولا يضمن ما بقي لأن  
 الزيادة أمانة في يد المهرتين فكان مودعاً في قدر الأمانة من الرهن والمودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصى أيتام  
 رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها ألف فأتت في يد المهرتين ذهبت بأربعمائة وذلك يكون ديناً للورثة على الوصى  
 وهو أمين في الفضل وكذلك الأب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لأن الأب والوصى يملكان الأيداع والزيادة  
 على قدر الدين من الرهن أمانة فكانت ودعة قال الحسن بن زياد أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين  
 مالا فأعطاه رجلاً ثم أخذه سفتجة كان ذلك جائزاً عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتوى وفي قياس قول أبي يوسف  
 أن الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة أن الكفيل في حكم  
 المقرض فإذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع  
 فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين إذا استأجر أرباباً إلى مكة ليحج ويحمل عليهما متاع بيته فلم يؤجر أن  
 يطالب أيهما شاء بالأجر لأن المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه  
 فحمل عليهما متاع الشركة جاز وإذا دخل في الشركة كان البديل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وإن وقع ذلك له  
 خاصة كما لو اشترى طعاماً لنفسه أن المشتري يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو أجزأ أحدهما عبداً له ورثه لم  
 يكن لشريكه أن يقبض الأجرة لأنها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالمرات والله



عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالأعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة لأنه قبله لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى أنه يدفع إلى من أمر بالدفع اليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أنه قال إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لأن هذه شركة عنان لا شركة مفوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الاجرة به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفوضة حقيقة حتى قالوا في الدين إذا أقر أحدهما بثن صابون أو واشنان أو غيرهما أنه لا يصدق على صاحبه إذا كان المبيع مستهلكا بالقرار أو بالينة كذا إذا أقر أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضي هذه الاجرة وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجرة لم تمض لزمهما جميعا بقراره وإن جحد شريكه كما في شركة العنان فدل أنه ليس لها حكم المفوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال أبو يوسف إذا ادعى على أحدهما ثوبا عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الاقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لأنهما ليسا بمقتضيين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ قراره على صاحبه فيما في يد صاحبه كشرى العنان في المال إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر أنه لا ينفذ قراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعه عن محمد أنه أخذ بالقياس في هذه المسئلة وقال ينفذ قراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك (وجهه) ما ذكرنا أن الشيء في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وإنما استحسانا والحقها بالمفوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة في حق وجوب ضمان العمل فيبقى الأمر فيما وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لأن أبي يوسف أنه لما ظهر حكم المفوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضا فينفذ قراره بمحل العمل على صاحبه وإن عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرط إلا أن الاجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط إذا استعان برجل على القصار والخياطة أنه يستحق الاجر وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وهما شرط العمل عليهما فإذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في الضمان بان شرطت أحدهما ثلث الكسب وهو الاجر وللاخر الثلث وشرط العمل عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرط العمل عليهما لأن استحقاق الاجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل أنه لو عمل أحدهما استحق الآخر الاجر وإذا كان استحقاق أصل الاجر باصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي أنه علف في هذه المسئلة فقال المنافع لا تقوم إلا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير إلى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل أنه لو شرط فضل الاجر لهما عملا بان شرطت لهما الاجرة له جاز فدل

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرط التفاضل في الاجرة فجعلناها أثلاثاً ولم ينسبها العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرط التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً للتصرف فيما عند امكن التصحيح ولو شرط الكسب أثلاثاً وشرط العمل نصفين لم يحز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا باحده هذه الاشياء (وأما) الوضعية فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرط أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضعية بينهما نصفان كانت الوضعية باطلة والقبالة بينهما على ما شرط على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضعية فيها الا بقدر المال ففي موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما فلا يجوز أن تكون الوضعية فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما فالزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطلب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو خاتوت ويجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين والمقر له أن يطلب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالتة ولو ادعى على أحدهما ثوب في أيديهما فأقر به أحدهما وجحد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجود فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمثله شرىك العنان والمفاوضة في الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهي التي فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تقيد شيئاً مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر الماين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقى الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما صفقة عقد الشركة فهي انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه حتى لو فسخ بمحض من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالفسخ وان كان غائباً ولم يبلغه الفسخ لم يحز الفسخ ولم يفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنته الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شرىكي العنان رجلاً شركة مفاوضة انه ان كان غير محضر من شرىكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحض منه صحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عيناً وقت الشركة لصحة الفسخ وهي أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي المضاربة رواية وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما في الثمنية جنس واحد فكانه لم يشتريها شيئاً وليس له أن يشتري بها عروضا وان كان رأس المال وقت النهي عروضا فلا يصح نهيه لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة في يد الشريكين جميعاً ولهما جميعاً ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضا فاما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضا



﴿ فصل ﴾ وأما ما يبطل به عقد الشركة فمبطل بنوعان (أحدهما) بعم الشركات كلها (والثاني) يخص البعض دون البعض أما الذي يعم الكل فانواع (منها) القسح من أحد الشريكين لأنه عقد جائز غير لازم فكان محتملاً للفسخ فاذا فسخته أحدهما عند وجود شرط القسح بنفسه (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم لأنه عزل حكماً فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع الخاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لأن به يخرج الوكيل عن الوالة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لأن الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالأموال سواء كان المالك من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لأن الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات فاذا هلك فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول العقود به فيبطل العقد بخلاف ما إذا اشترى شيئاً بدراهم معينة ثم هلك الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعينان في الشركات ثم اعلم تعيين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتعيين في الشركات لأنهما جعلان شرعاً فلو تعينا في المعاوضات لا تقبلان مضمينين إذا مضمين اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عيناً يقابلها عوض فكان مضمناً فلا يكون ثماً وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لأنها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان في هذين العقدتين وإن لم يكن التعيين فيهما تغييراً لحكم الشرع وهو جعلهما مضمينين لما لا عوض للحال يقابلهما لأن كل واحد من العقدتين وضع وسيلة إلى الشركة والوسيلة إلى الشيء حكمه حكم ذلك الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعيين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فأنها وإن وقعت وسيلة إلى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعيين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معيناً لرأس المال لأنه لا وجه إلى إيجاب القبض فيه ما ليتعين رأس المال لأن العمل فيهما مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطاً من رب المال يوجب أن يكون رأس المال في يده ليمكنه العمل وكون عمل الآخر مشروطاً يوجب التسليم إليه ليمكن من العمل فلا يجب التسليم للعارض ولا بد من سبب يوجب تعيين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض إلا العقد فاذا لم يمكن إيجاب القبض جعل العقد موجباً لتعيينهما وإن كان وسيلة إلى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكاً بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فأما) في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس مشروطاً بل لشرط ذلك في المضاربة لا وجب فسادها فأمكن جعل القبض سبباً للتعيين فلا حاجة إلى جعل العقد سبباً فلم يوجب العقد التعيين الخاق له بالشراء ثم إذا هلك أحد المالكين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لأن الهالك مال ملكه أحدهما يتيقن وأنه أمانة في يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما إذا كان رأس المالكين من جنس واحد وخطأ ثم هلك أنه يهلك مشتركا لأن لا تيقن أن الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأس المال في شركة المقايضة بالمال بعد وجودها في ابتداء العقد لأن وجود المساواة بين المالكين في ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقاءها منعقدة لأنها مقايضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين وعلى هذا يخرج ما إذا تفاوضا والمال مستوى ثم ورت أحدهما ما لا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وهما بذلك في يده أنه تبطل المقايضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورت عرضاً لا تبطل وكذا لو ورت ديوناً لا تبطل ما لم يقبض الديون لأنها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو زاد أحد المالكين على الآخر قبل الشراء بأن كان

أحد همدراهم والاخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ عليه بطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشتري في قيمته كانت المفاوضة مجالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكها لا منهار مج في المال المشتري فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الا خرف صار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينافلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم

### كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب ( اما )  
الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكن اتركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع ( اما ) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخر ون يضربون في الارض يتغنون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يتغنى من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم ( وأما ) السنة فاروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحر أو لا ينزل به وادي أو لا يشتري به دابة ذات كبدر طيبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاهدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة ( وأما ) الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعا وروى ان عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعري أمير بها قتال لهما لو كان عندي فضل لا كرمتمكم ولو كان عندي مال لبيت المال أدفعه اليكما فابتاعا به متاعا واحملاه الى المدينة وبيعاه وادفعاهما الى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلار بحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف والنصف وليت المال النصف فرضي به سيدنا عمر رضي الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في سائر الاغصان من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا وهوان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يمتدئ الى التجارة وقد يمتدئ الى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم

فصل وأما ركن العقد فلا يحجب والقبول وذلك باللفاظ تدل عليهما فلا يحجب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معاني هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان مارزق الله عز وجل



أو أطمع الله تعالى منه من ربح فهو يبتاع على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومه وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصرح ما خوذ من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضارباً لان المضارب يسير في الارض ويسعى فيها لا بتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صرح في عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضارب بمقارضة كما يسمون الاجارة بيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرص وهو القطع سميت المضارب بمقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله عز وجل من شئ فهو يبتاع على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدى معنى هذا العقد والعبرة في العقود لمعانيها لا لصورها لا لفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التملك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتملك عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعاً ما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضارباً باستحسانا والقياس ان لا يكون مضارباً (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يزد كذا البيع ولا يتحقق معنى المضارب بالاشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل بالاشراء والبيع فكان ذكر الالباع ذكر البيع وهذا معنى المضارب بانه لو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضارباً باستحسانا والقياس ان لا يكون لانه لم يزد كذا البيع فلا يتحقق معنى المضارب (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملاً يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فضمن ذكره كذا الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به رقيقاً بالنصف أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على هذا شيئاً فاشترى كما امره فهذا فاسد ولم يشترى أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يزد كذا البيع ولا ذكر ما يوجب كذا البيع ليحمل على المضارب به فحمل على الاستعجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما امره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الامر لانه امره بالاشراء لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيئاً لا ينفذ بيعه من غير اذنه رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفاً مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جازو الثمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدري حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان ماله لا يكون محلاً لانشاء العقد عليه لا يكون محلاً لاجازة العقد فيه وان علم انه هلك فلا جازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فاربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على عليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضعية على رب المال لان شرط الوضعية على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي بن الجعد عن أبي يوسف لو ان رجلاً دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضارباً بولا بضاعة ولا قرصاً ولا شركة وقال ما ربح تحت فهو بيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكر الشراء والبيع وهذا معنى المضارب بانه لو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضارب بانه جائزة قياساً واستحساناً وللمضارب مباشر ومما بقي فرب المال والاصل في جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه تاعاً ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد اذا عرف هذا فنقول في هذه المسئلة اذا سمي للمضارب جزء معلوماً من الربح فقد وجد في حقه ما يفتقر الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال بماله ولو قال خذ هذا المال



كان المضارب هو الحربي فرجع الى داره الحربي فان كان بغير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز  
ويكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرط ان يرجع الى دار الاسلام مسلماً أو معاهداً أو بأمان استحساناً  
والقياس ان تبطل المضاربة (وجهه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان قبل أمر  
رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجهه) الاستحسان انه  
لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولودخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا  
اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصارت تصرفه لنفسه  
فلك الامر به وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفع اليه حربي ما لا مضاربة بمائة درهم انه على قياس قول  
أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا أو ربح أو وضع فالوضعية على رب المال والربح على ما اشترط  
ويستوفي المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المال ربح الا مائة فهي كلها للمضارب وان كان أقل  
من مائة فذلك للمضارب أيضاً ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على  
قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم في جواز الربح في دار الحرب لما علم  
(وأما) الذي يرجع الى رأس المال فأشأنه (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز  
المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا  
في كتاب الشركة أن ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى  
لو هلك قبل التسليم لا شيء على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم  
عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضموناً عند الشراء به حتى لو هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه  
فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت القسمة لان  
قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تقضي الى المنازعة والمنازعة تقضي الى الفساد  
وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز  
لانه لم يضيف المضاربة الى العروض وانما أضافها الى الثمن والتمن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع  
عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانه صارت  
مضافة الى ما لا تصح المضاربة به وهو الخطئة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك  
البيع بغير الاثمان ولا تقصد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى ما لا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهـ  
والفضة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والامر فيه  
موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به  
فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزئوف والنهرجة فتجوز المضاربة بهاذكره محمد رحمه الله لانها  
تتبع بالعقد كالحياد (وأما) المستوفة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر  
ابن سماعه عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو  
أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالخطئة كما يتبايعون بغيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا  
الكلام فيها في كتاب الشركة فالخاصل أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي حنيفة ذكر محمد في المضاربة  
الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز  
والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثماناً  
كالدراهم والدنانير وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوماً فان كان مجهولاً  
لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي الى جهالة الربح وتكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة (ومنها)



أن يكون رأس المال عينا لا ديناً فان كان ديناً فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بدني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب و باع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى و باع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلاً يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده وإذا لم يصح إلا بالشرع بما في الذمة لم يصح إضافة المضاربة إلى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لأن الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعرض لأنه يصير في التقدير كأنه وكله بشراء العرض ثم دفعه إليه مضاربة بتصوير مضاربة بالعرض فلا تصح ولو قال لرجل اقض مالي على فلان من الدين و اعمل به مضاربة جاز لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال عينا لا ديناً ولو أضاف المضاربة إلى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وإن أضافها إلى مضمونة في يده كالدرهم والدنانير المعصومة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمقبوض مغضوب في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولا أبي يوسف أن ما في يده مضمون إلى أن يأخذ في العمل فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزاً أو مشاعاً بان دفع المال إلى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعاً في المال فالمضاربة جائزة لأن الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب إذا ربح يصير شريكاً في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فإذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعاً والشيء يمنع صحة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لأنه وإن كان في الحال تبرعاً لأنه لا يقابل به عوض الحال فهو تملك المال بعوض في الثاني لا ترى أن الواجب فيه رد المثل لارد العين فلم يكن تبرعاً من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها تبرع محض فعمل الشيوع فيها وإذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لأنه ربح ملكه وهو القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينهما وبين رب المال على ما شرطاً لأنه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعة على رب المال ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لأنه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحدهما الشريكين بقسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح لي فهذا مكره لأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرتعا فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضيعة فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصّة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرطاً والوضيعة عليهما أما نصف الربح للمضارب حصّة الهبة فلأنه ثبت الملك له فيه إذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فأنما يكون ربحه بينهما على الشرط لأنه استفيد بمال المضاربة مضاربة بحجة (وأما) كون الوضيعة عليهما فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لأنه مقبوض بعقد فاسد فكان مضموناً عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ماسمي من المضاربة والبضاعة والوضعية على رب المال ونصف الربح  
 لرب المال ونصفه على ما شرط لان الاشاعة لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة  
 وانما كانت الوضعية على رب المال لانه لا ضمان على المبيع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة  
 من الربح لرب المال خاصة لان المبيع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ما شرط لان الربح حصل من  
 مال المضاربة والمضاربة قد سحقت فيكون بينهما على الشرط ولودفع اليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها  
 مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ماسمي لان كل واحد منهما أعنى الوديعة والمضاربة أمانة فلا  
 يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة الا أن التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل جزء  
 من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف في الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد  
 النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضعية عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على  
 ما شرط لان قسمة المضارب المال لم تصبح لان المالك لم يأذن له فيها فاذا افرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال  
 المضاربة فما كان في حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن  
 هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بحسبة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن  
 كله مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بحسبة ثم عمل بها  
 وبالحسبة التي عليه فربح في ذلك أو وضع فالوضعية عليهما نصفان والربح بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه  
 الله لان من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري له بذلك الدين شيئا لا يصح والمشتري يكون للمأمور  
 لا للأمر ويكون الدين على المأمور حالة واذا كان كذلك فهنا أمران يعمل بالدين ونصف عن المبيع فاربح  
 في حصة الدين فهو للمدفوع اليه لانه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له واربح في نصيب الدافع فهو للدافع  
 والوضعية عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) في قياس قول أبي يوسف ومحمد فقد اربح  
 في الحسبة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ما شرط وما ربح في النصف الذي عليه من الدين  
 يكون لرب المال لان من أصلهما أن الأمر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشتري صار عرضا  
 والمضاربة بالعروض لا تصبح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف فالربح في الصحيحة يكون  
 بينهما على الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث والمضارب الثلثين والمسئلة بحالها  
 فان في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما شرط ونصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب  
 الدافع كانه قال له اعمل في نصيبك على ان الربح لك واعمل في نصيبي على ان لك ثلث الربح من نصيبي (وأما) على  
 قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فالربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال  
 لانه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرط فصار لرب المال ثلثا الربح  
 وللمضارب الثلث وان كان شرط لرب المال ثلثي الربح والمضارب الثلث فالربح بينهما على ما شرط فصار لرب المال ثلثا الربح  
 لرب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال  
 باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب  
 ثلث الربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال الى المضارب لانه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخليع كالوديعة  
 ولا يصح مع بقاء الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاءه حتى لو شرط بقاء المالك على المال فسدت المضاربة لما  
 قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصبح مع بقاءه رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال  
 من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد دخوله من يدرى المال فكان هذا شرطاً  
 موافقاً لمقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يدرى المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جازلان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقداً لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى إن الأب أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير تصح المضاربة لأن يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتتبع التسليم وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لأن لشريكه فيه ملكاً فيمنع التسليم (فأما) العاقد إذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك المضارب به لم تقسد المضاربة كالأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط أن يعمل مع المضارب بحجزه من الربح لأنهما لو أخذوا مال الصغير مضاربة باقتسامه جاز فكذا إذا شرطوا عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي وإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كما إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لأن المأذون وإن لم يكن مالكا لرقبة المال فيد التصرف ثابتة عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فمكان قيام يده ما نفع من التسليم والتقبض فيمنع صحة المضاربة وإن شرط المأذون عمل مولا مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لأن المولى هو المالك للمال حقيقة فإذا حصل المال في يده فقد وجد المالك فيمنع التسليم وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي (وأما) المكاتب إذا شرط عمل مولا لم تقسد المضاربة لأن المولى لا يملك كسب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي ولو دفع إلى إنسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل مع رب المال فالمضاربة فاسدة لأن اليد للمضارب والملك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الأولى على حالها جائزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرط في المضاربة الأولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلأن يد رب المال يملك ويد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية وبقيت المضاربة الأولى على حالها ولم يذكروا في شرحه مختصر الكرخي خلافاً وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا مذهب أصحاب الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت إعادة يده إليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب والأعانة لا توجب إخراج المال عن يده فيبقى العقد الأول ولا أجر لرب المال لأنه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الأجر (وأما) الذي يرجع إلى الربح فأنواع (منها) إعلام مقدار الربح لأن المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لأن الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء في الثلث ولو قال على أن للمضارب شركاً في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هي النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك في السموات أي نصيب وقال تعالى وما لهم فيها من شرك أي نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولاً (وجه) قول أبي يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته في هذا الأمر أي شركته وشركاً قال القائل

وشاركنا قرشاً في بقاها \* وفي أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً لكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فإن شرط عدداً مقدراً بأن



شرط أن يكون لا أحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز المضاربة فاسدة لأن المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لا أحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطاً أن يكون لا أحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو أقل الا مائة درهم فإنه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لانه اذا شرط لا أحدهما للنصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشرط له واذا شرط له النصف الا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرط في العقد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح يوجب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة بشرط الوضعية عليهما بشرط فاسد لان الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولا ن هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولائها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة وذ كر محمد في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة تحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذ كر في المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلاث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمزارعة باطلة من أحنابنا من قال في المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهدة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة يقتضي أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرطاً فاسداً فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الاجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بمدة معاومة والمضاربة لا تقتصر حتمها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع القام مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دار ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرطاً فاسداً لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره الدار والارض فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المولى عن أبي يوسف في رجل دفع مالا الى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزاً ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في أحد الدارين فانه يخص البيع بمكان دون مكان ولم يعتقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجره له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط أولاً لا يجوز المضاربة وذ كر القدوري رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفاسد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أحنابنا وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجره مثل ما اذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطاً فاسداً (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصح قرضاً لانه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب ماله كل واحد منهما أن يعمل وما ليس له أن يعمل وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

للمال بالمال (أما) الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب  
 به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والثيقة فاذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل  
 بالشراء والبيع لانه تصرف في مال الغير بامر وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته  
 أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى  
 شراء فاسداً يملك اذا قبض لا يكون مخالفاً ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيئاً من مال المضارب ببيعاً فاسداً  
 لا يصير مخالفاً ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والقاسد فلا يصير مخالفاً  
 فاذا ظهر في المال ربح صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزء من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال  
 لانه نفعاً له فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة  
 الغاصب ويصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضموناً عليه لانه ربح بالضمان لكنه  
 لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم في الغاصب  
 والمودع اذا تصرف في المقتضوب والوديعة وربحاً ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالحيلة  
 في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه  
 الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه واذا المهلك وربح يكون الربح بينهما على  
 الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الادرهما واحداً ويسلمه اليه ويشهد على  
 ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع  
 ما استقرض على أن يعمل جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك  
 المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذي يرجع الى عمل المضارب بماله  
 أن يعمل به بالعقد وليس له أن يعمل به بخمالة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال  
 مضارباً بمن غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك وتصرف  
 المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمل به من غير الحاجة الى التنصيص  
 عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم  
 منه ماله أن يعمل اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمل رأساً وان نص عليه (وأما)  
 القسم الذي للمضارب أن يعمل به من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيود  
 وهي ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة  
 على كذا فله أن يشتري به وبيعه لانه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد  
 المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري  
 أو باقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس  
 في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة  
 وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع قد اونسئته وبغبن فاحش في قول أبي حنيفة  
 رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله  
 وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بدا له من سائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لا طلاق  
 العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان البضاعة من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والبضاعة  
 طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فلا بضاعة أولى لان الاستئجار استعمال في المال بعوض والبضاعة  
 استعمال فيه بعرض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل في المال لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لأن الإنسان قد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه فيحتاج إلى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيه لأنه لا يتدر على حفظ المال إلا به وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لأن الحمل من مكان إلى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لأن التوكيل من عادة التجار ولأنه طريق الوصول إلى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولأن المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشيء ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة إلا إذا قيل له اعمل برأيك لأن المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الأولى والشيء لا يستتبع مثله وكل مال المضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل مالا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لأنه لما ملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لأن الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته لأن المضاربة تبطل بالنهي والموت إلا في تصرف ينضر به رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضر به رأس المال فلا يملك المضارب ولو باع شيئا وأخر الثمن جاز لأن التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة فلأن الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لأن تصرفه أعم من تصرف الوكيل إلا أن الوكيل بالبيع إذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لأن المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك إلا قاله ثم البيع بالنسيئة فإذا أخر ضمن (وأما) عند أبي يوسف فأنما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقبل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان احتمال عليه أو معسرا لأن الحوالة من عادة التجار لأن الوصول إلى الدين قد يكون أسير من ذمة الحال عليه منه من ذمة الحيل بخلاف الوصي إذا احتال بمال اليتيم أن ذلك ان كان أصلاح جاز والا فلا لأن تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر وتصرف المضارب مبني على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا يبيضاء ويشتري ببعض المال طعاما فيزرع فيها وكذلك له أن يقلها لغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جائز والربح على ما شرط لأن الاستئجار من التجارة لأنه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملك المضارب والمضارب أن يسافر بالمال لأن المقصود من هذا العقد استئاء المال وهذا المقصود بالسفر أو فروا لأن العقد صدر مطلقا عن المكان فيجوز على إطلاقه ولأن ما خذ الاسم دليل عليه لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ولأنه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف في رواية محمد عنه وفي رواية أصحاب الأملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه أنه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت وبين ماله حمل ومؤنة وبين مالا حمل له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا دفع إليه المال بالكوفة وهما من أهلها فإن أباحنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع في مصر آخر غير الكوفة فلم يضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة (وأما) وجه رواية أبي يوسف عنه فهو أن المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز إلا بأذن رب المال نصا أو دلالة فإذا دفع المال إليه في بلد هما فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلتما يكن له أن يسافر وإذا دفع إليه في غير بلد هما فقد وجد دلالة الأذن بالرجوع إلى الوطن لأن العادة أن الإنسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده فكان دفع المال في غير بلد هما رضا بالرجوع إلى الوطن فكان إذا نادى له أنه أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لأن الأذن بالتجارة



من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة  
أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم اذا حقهم دين سواء كان المولى حاضرا أو غائبا لان البيع في الدين  
من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمته مثل مال المضارب بأن  
كان رأس المال الف درهم فاشترى بها عبد أقيمت الف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء لان  
الدفع أو القداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب في رقبته لانعدام الفعل والتدبير في جنايته الى رب المال  
لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون اذا جنى انه يخاطب بالمأذون بالدفع أو  
القداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون في التصرف لا حر لانه يتصرف لنفسه لا حر بدليل انه لا يرجع بالعهد على  
المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهد عليه فلم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى في كسبه عند  
فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى في مخاطب بالدفع كالحرق (فأما)  
المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق  
بين المستأين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب القداء فله ذلك لانه بالقداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة  
في الجملة لتوهم الرجوع ولو دفع رب المال أوفدى خراج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان الدفع زال  
ملكه لا الى بدل فصار كانه هلك واذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار القداء دليل  
رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الرجوع لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألقين فجنى جناية خطأ  
لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لا محاب الجناية على المضارب ولا على  
الغلام سبيل الا أن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيل الى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو القداء اذا كان  
المضارب غائبا وليس لاحدهما أن يفدى حتى يحضر اجمعا فان فدى كان متطوعا بالقداء فاذا حضر ادفع أو فديا فان  
دفع فليس لهما شيء وان فديا كان القداء عليهما أرباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال  
أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين في  
الرجوع لعدم تعيين رأس المال لان التعيين بالقسمة ولم توجد بقى المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم  
الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا الوأعته  
نقد اعتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين  
في الرجوع لعدم تعيين رأس المال فمنوع بل تعيين ضرورة لزوم القداء في نصيبه ولا يلزم الابتعین حقه ولا يتعين حقه الا  
بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والآخر القداء  
فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك اذا حضر أحد الشرى يكن  
وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو القداء وهما لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضر اجمعا لان  
تصرف أحدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو القداء والقسمة لا تصح الا بحضورهما  
والدفع أو القداء من أحد الشرى يكن لا يتضمن قسمة ولا حكم في حق الشرى الآخر فلا يقف على حضوره وهذا  
بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان  
اختار أحدهما الدفع والآخر القداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين لان الملك هناك واحد  
فاختلاف اختيارهما يوجب تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا  
مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب  
أحدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البيعة حتى يحضر الا كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجناية  
اليهما فلا يجوز سماع البيعة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد كقيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولى الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد في الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذى يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتسليم الثمن ويقبض المبيع والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم ويخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا مبيعاً قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فلم يضارب أن يردده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يردده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يردده فليس له أن يردده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضاه منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد المعيب لاحالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وهى له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار لنفسه والمضارب شفعها بدار أخرى من المضاربة ففقيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما أن يبيع ويشتري بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيئا للمضارب الواحد أن يعمل به سواء قال لهما اعملا برأيكما أو لم يقل لانه رضى برأيهما ولم يرض برأى أحدهما فصارا كالوكيلين واذا أذن له الشريك في شئ من ذلك جاز في قولهم جميعا لانه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما فصارا كأنهما عقدا جميعا (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمل به الا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يحجز على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال من غير مضارب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لأزمنناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هى أن يشتري المضارب شيئاً بثمن دين ليس في يده من جنسه حتى انه لو لم يكن في يده شئ من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيئاً بالدراهم أو الدنانير لم يحجز على المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس في يده من جنسه فكان مستديناً على المضاربة فلم يحجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نفاذاً عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بما ليس في يده من جنسه صار مستديناً على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان مافيد المضارب من العبد أو العرض يساوى رأس المال أو أكثر فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض ويؤدى ثمنه منها لم يحجز سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً لما ذكرناه استدانة ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشتري باكثر من رأس المال الذى في يده لان الزيادة تكون ديناً وليس في يده من مال المضاربة بما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بالفى درهم ومال المضاربة ألف كانت حصصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصصة ما زاد على الألف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المسكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن في يده شئ من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوباً أو عبداً بمكيل أو

موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لأن في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده دراهم  
فاشترى سلعة بدراهم نسيئة لم يكن استدانة لأن في يده من جنسه ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان في يده  
دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس أن  
الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعرض  
(وجه) الاستحسان أن الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الأشياء بهما تقدر النفقات وأروش  
الجنانيات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر فكانا بمنزلة شيء واحد فكان مشترياً بآئن في يده  
من جنسه وكذلك لو اشترى بآئن هومن جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة بأن اشترى بدراهم بيض ورأس  
المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى  
بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شيء من ذلك على المضاربة ويكون  
استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمدان اشترى بمصافته انقص من صفة رأس المال  
جاء وهذا يشير إلى أنه لو اشترى بمصافته أن يده من صفة رأس المال أنه لا يجوز على المضاربة (ووجهه) أنه إذا اشترى  
بمصافته أنقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاء وإذا اشترى بما  
صفته أكمل لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف  
رحمهما الله لأنه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لأن تفاوت الصفة دون تفاوت  
الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانير أو بفلس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشتري  
بعد ذلك على الف المضاربة شيئاً بالف أخرى أو غير ذلك لأن مال المضاربة كان مستحقاً بالآئن الأول فلو اشترى  
بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولاً عبداً فحتماً لا يملك بعد ذلك  
أن يشتري الا بقدر خمسمائة لأن الخمسمائة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لأن  
ذلك صار مستحقاً من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى بأكثر مما بقي صار مستديناً  
على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من  
الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلس فليس  
لأن يشتري متاعاً بآئن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبداً بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر  
حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز وان كان في يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن  
للمضاربة وكان للمضارب لأنه اذا لم يكن في يده مثل آئن صار مستديناً على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف  
الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم لأن اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف  
الصفة أولى لأنه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من  
المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قل رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لأن قوله اعمل برأيك  
تقويض إليه فيما هومن المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا بذن رب المال بها  
نصاً ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو  
اشترى المضارب بجميع مال المضاربة نياتاً مستأجراً على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعاً في ذلك كله لأنه  
اذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستعجار مستديناً على المضاربة فلم يحز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعاً في  
مال الغير كما لو حمل متاعاً لغيره أو قصر ثياباً لغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صبغها سوداً آمن ماله فنقصها ذلك لأن  
الاستدانة لا تجوز ولا يصير شرى كالبسود لأنه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب نقصاً نافيها ولا يضمن بفعله  
سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لأنه ما أذن فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به سوداً



فقتصر ذلك لم يضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر أو زعفران أو صبغ يزيد فيها وليس في يده من مال المضاربة شيء فان كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضامن ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فأصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فلم يضرب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كأجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب أجني كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضار بائنها على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قل ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ما ذكر فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فأصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا أذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جاز له الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشتري بينهما نصفين لانه لا يمكن أن يجعل المشتري بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرط التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان أطلقا كان المشتري نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان أذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع في الحال ادلا يقابله عوض للحال وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك يعطى سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتخصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل في ذلك برأيك فاما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا ما ذكرنا ان قوله له اعمل في ذلك برأيك تقويض الرأي اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربة وهو انما فوض اليه الرأي في المفاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل في ذلك وليس أن يشتري بما لا يتعابن الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشتري بصير مخالفا لان المضاربة توكل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتعابن الناس في مثله ولان الشراء بما لا يتعابن في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدین في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولا نه ليس بتجارة اذا التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له أن يكتب لان الكتابة ليست بتجارة لا نعدام مبادلة المال بالمال لهذا لا يملك المأذون له في التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربة اذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيد ولا نه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب في العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه كعبد بين شر يكتن اعنته أحدهما وكذلك ان كاتب  
 عبداً من المضاربة أو أعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يحز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شر يكتن اعنته أحدهما  
 على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء  
 لانه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني أما في الحال فلا يمنع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شي منه فكذا هذا (وأما) الثاني  
 فلانه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة  
 للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشريكين اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه  
 نقض بيعه وان باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج الى قسمين  
 قسمة البيت مع المشتري وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا  
 هذا بخلاف ما اذا بر المضارب نصيبه أو عتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن  
 وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يمتثلان للفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ  
 عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن رب المال أن يأخذ مما آداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب  
 عبداً مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عشرين قيمة كل واحد منهما ألف  
 فاعتق أحدهما لا يجوز اعتاقه عند انحبابنا الثلاثة وعند زفر بنحو زاعتاقه في نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا  
 الالف فازاد على ذلك يكون ربها ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب  
 ملك في أحد العبدين لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والاخر بحافليس أحدهما بأن يجعل رأس  
 المال والاخر ربها أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين في  
 الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب  
 عشرين عبداً قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه في واحد منهم لانه لا يتعين  
 للمضارب في واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال فاذا ملك شيئاً منهم لا ينفذ اعتاقه  
 من مشايخنا من قال هذا على أصل أبي حنيفة ان العبيد والجواري لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم  
 على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك في الاجناس المختلفة  
 من العروض ونحوها فأما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ  
 اعتاقه في قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما يقسم القاضي قسمة واحدة اذا  
 رأى القاضي ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبيد دون بيان الثمن  
 بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة القطر بسببهم في عامة  
 الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض  
 ويتعين نصيب المضارب فيازاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال  
 لا يضم أحدهما الى الاخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لا تشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا في  
 هذه المسئلة ان رب المال لو أعتق العبيد نفذ اعتاقه في جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك نفذ على  
 رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصص المضارب فيهم سواء كان موسراً أو معسراً (أما) الضمان  
 فلان المضارب وان لم يملك شيئاً من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى  
 فيه اليسار والاعسار لانه أعتق الكل مباشرة وقد اعتاقه في الكل فصار متلفاً للمال عليه بخلاف ضمان العتق لانه  
 يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار  
 والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبداً من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقد ملك جزءاً منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذت دعوته بخلاف ما اذا اعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحدهما فضل على رأس المال هكذا كراكرخي وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انها علفت قبل أن يشتريها فاما اذا كان العلق بعد الشراء فحكم المسئلة يتغير لان المضارب يغرم العقر مائة فاذا استوفاهرب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعة مائة فيتعين للمضارب ملك فيها جميعاً فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعة مائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرم خمسين درهماً وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان الولد يربح بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوي ألفاً فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرم العقر ان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الربح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا يصنع له فيها ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تنصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الربح في الجارية حتى يصل الى رب المال شيء من المال فلا يملك شيئاً منها ولا حجة للاستيلاء بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمته لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتهما جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفي درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفاً ومائة ولل مضارب أن يستوفى من ربح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسعة مائة ربح بينهما لان لكل واحد منهما أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمته ونصف العقر وبقي الولد يربح بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله هذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسئلة التي قدمناها اذ لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في المسئلة ان زيادة تجب أن يقول اذ لم تزد قيمتهما ينبغي أن يغرم المضارب القامو مائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقي تسعة مائة بينهما فمن أحببنا من قال القياس ما أجاب به في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرم بعد ما غرم تمام رأس ماله الا نصف ما بقي من الام لان نصف ما بقي من الام يربح بينهما فلا يجوز أن يغرم الكل والذي أجاب به في مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتماعا غلبت الحرية



الرق ومن أحبا من قال إنما افترت المسئلةان لوصفهما لأن سبب العتق في مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفي  
المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه أن يجتمع ربحه  
في الجارية (وأما) في المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لأن  
المضارب قدم ملكها وقد قيل أيضا أن في تلك المسئلة إنما قصد تكثير العتق وفي المسئلة الاخرى إذا لم تزد القيمة  
لا يتبين تكثير العتق لأن الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا في  
المضارب إذا اشتري جارية بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت  
الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لأن دعوته صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى  
وقت العلوق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطئ ملك نفسه  
وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله  
يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة في موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد بن أبي يوسف رحمه الله  
من المضاربة لانه لا يملك أن يشتري شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان  
تزوج باذن رب المال فهو جائز إذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلانه إذا لم يكن في المال  
ربح لم يكن للمضارب فيه مال ولا حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن  
المضاربة فلان العادة أن من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع  
وأبازها للمشتري وكان اتفاقهما على التزوج آخر اجاباها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما  
أخرجها من المضاربة صار كأنه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن المضارب  
لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لأن تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من  
التجارة وذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن يكون هذا قولهم لأن عند أبي يوسف أن كان يملك تزويج الامة  
لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينق من المال لم يجز على رب المال وان  
كان قال لرب المال حين دفع اليه اعمل فيه برأيك لأن الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب  
لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كالموآجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الاتفاق لأن ذلك ليس بمعقود عليه بل  
هو تابع للعمل كالخيط في اجارة الخياط والصبيغ في الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لماذا ذكرنا ذلك فيسند  
تقويض الرأي اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز  
أن يستحق بدله رب المال ولو أخذ أرضا مزارة على أن يزرعها فخرج من ذلك كان نصفين فاشتري طعاما  
ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز أن قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز لانه يوجب حقا  
لرب الارض في مال رب المال فيصير كأنه شاركه بمال المضاربة وانه لا يملك الاشارك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل  
برأيك فإذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر إذا كان من قبل رب الارض والعمل  
على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرناه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع  
نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك إذا شرط البقر على المضارب لأن العقد وقع على منفعة وانما البقر آلة العمل  
والآلة تتبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بغير بذر مزارة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه  
لم يوجب شركة في مال رب المال إنما أجر أرضه والاجارة داخلية تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما)  
القسم الذي للمضارب أن يعمل له إذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال  
المضاربة بمضاربة الى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة بشركة عتق وأن يخلط مال المضاربة بماله نفسه إذا قال  
له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيئا من ذلك إذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة

والشيء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضار به مثله ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما)  
الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لأنها أعم من المضار به والشيء لا يستتبع مثله فافوقه أولى (وأما) الخلط  
فلا نه يوجب في مال رب المال حقاً لغيره فلا يجوز إلا بإذنه وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضار به مضار به  
إلى غيره فنقول لا يخلو من وجوه أمان كانت المضاربتان صحيحتين وأمان كانتا فاسدتين وأمان كانت أحدهما  
صحيحة والأخرى فاسدة فإن كانتا صحيحتين فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني  
حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل بهلك أمانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضموناً بنفس  
الدفع عمل الثاني أو لم يعمل وإذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً (وجه) قول زفر أن رب المال  
إذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضار به إلى غيره فإذا دفع صار بالدفع محالاً فصار ضامناً كالمودع إذا  
أودع (ولنا) أن مجرد الدفع أيداع منه وهو يملك أيداع مال المضار به فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي  
حنيفة رحمه الله أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويربح فإذا عمل به وربح كان ضامناً حين ربح وان عمل في  
المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فإذا  
عمل ضمن ربح الثاني أو لم يربح وهكذا روى ابن سماعه والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله  
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما أنه لا عمل فقد تصرف  
في المال بغير إذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح ولا يبي حنيفة لا سيبل إلى التضمن بالدفع لأنه أيداع  
وابضاع ولا بالعمل لأنه ما لم يربح فهو في حكم المبيع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لأنه مجرد  
قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال بالثبات المضارب الأول  
فصار الأول محالاً فيضمن كما لو خلط مال المضار به بغيره أو شارك به وإذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس  
العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار أن شاء ضمن الأول وأن شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف  
ومحمد في المودع إذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لأن الأول تعدى بالدفع والثاني  
تعدى بالتقبض فصار عندهما كالمودع إذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسألة الوديعة فيحتاج إلى الفرق لأن  
الضمان عنده على المودع الأول لا على الثاني وفي مسألة المضار به أثبت له خيار تضمين الثاني لأن المضارب الثاني  
يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملاً لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة  
الأول لحفظ الوديعة فلم يضمن فإن ضمن المضارب الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الأول  
والثاني والربح على ما شرط لأنه لما تقرر الضمان على الأول فقد ملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضار به إلى  
الثاني فكان الربح على ما شرط لأن الشرط قد صح وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وصار حاصل الضمان  
على الأول لأن الأول غره بالعقد فصار مفروراً من جهة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كودع الغاصب وهو ضمان  
كفالة في الحقيقة لأن الأول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما إذا غصب رجل  
شيئاً فرفهه فهلك في يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن أنه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن  
(وجه) الفرق أن قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين أن قبضه لم يصح فتبين أن الرهن لم يصح  
إذ لا صحة له بدون القبض فاما في المضار به فيضمن الثاني بإبطال القبض بعد وجوده لأن المضار به عقد جائز  
فكان لبقائه حكم الابتداء كأنه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان فكان التضمن بإبطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل  
المضاربة ألا ترى أن المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وإن بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن  
على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سماعه عن محمد أنه يطيب الربح للأسفل ولا يطيب للأعلى على  
قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لأن استحقاق الأسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فاما الأعلى

فانما يستحق الربح برأس المال والملك في رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خيب فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجبر في مال المضاربة والثاني أجبر الا في مال المضاربة فصار كمن استأجر رجلاً يعمل في ماله فاستأجره الا جبر رجلاً وان كانت احدهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجبر الاول والاجير لا يستحق شيئاً من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثاني لانه لا ضمان على الاجير وله أجر مثل عمله على المضارب الاول والمضارب الاول ما شرط له من الربح لو وقع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثاني صحيحة فكذلك لان الاول أجبر في مال المضاربة فلا حق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذ الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل لرب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة بمضاربة الى غيره لانه فوض الرأي اليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فتقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضيفه الى المضارب بان قال على ان ما رزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله عز وجل من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان ما رزق الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ما ربح من شئ أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضيفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث جميع الربح للثاني لان شرط الاول للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثاني فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيئاً فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثاني فبقى له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجره الا جبر من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجبره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شئ للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استأجر رجلاً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجره الا جبر من خاطه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلث فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرطه لانه شرط الزيادة ان لا ينفذ في حق رب المال المالم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثاني لان الاول غير الثاني بتسمية الزيادة والعرو في العقود من أسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملزماً لسلامة هذا العقد للثاني ولم يسلم له في غيرم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفاً لان شرطه لم ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلاً لخياطة ثوب بدرهم فاستأجره الا جبر من خاطه بدرهم ونصف الربح لانه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولو أضافه الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجه الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فاذا دفع الى الثاني مضاربة بالثلث كان الذي رزق الله عز وجل المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث



واذا دفع مضارباً بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين واذا دفعه مضارباً بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذلك ان يخلط مال المضارب بماله بنفسه لانه فوض الرأي اليه وقد رأى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالكين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضارب يكون بينهما على الشرط وكذلك ان يشارك غيره شركة عتاق لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صرح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضارب مع حصة المضارب من الربح فيستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله أصلاً ورأساً فشرعاً ما لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (أما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمذبر لان المضارب يتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فالأصل ان لا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لا يمكن لا يتقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئاً من ذلك كان مشترياً لنفسه لا للمضارب فان دفع فيه شيئاً من مال المضارب بضمناً وان اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضارب لان المبيع هنا مملوك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضارب يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دماً فما اشترى به لا يكون على المضارب لان الميتة والدم لا يملك بالقبض أصلاً (وأما) الثاني فنحو أن يشتري داراً محرم من رب المال فلا يكون المشتري للمضارب بل يكون مشترياً لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضارب لعلق على رب المال فلا يتقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى داراً محرم من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشراء على المضارب لانه لا يملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضارب لانه اذا كان في المضارب ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عاياه فلا يتقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لانه معتق البعض وما لا يتقدر على بيعه لا يكون للمضارب بما قلنا (وأما) المضارب بالقيسدة فكما حكم المضارب بالمطلقة في جميع ما وصفنا لا تنارقها الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً ثبت لان الاصل في الشرط اعتبارها ما أمكن واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فيعتق بالمدكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المعهود في المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعام اذا خص منه بعضه انه يبقى عاماً فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرفنا هذا فنقول اذا دفع رجل الى رجل مالاً مضارباً على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة لان قوله على ان من ألقاها الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا في السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراءه ما تناوله العقد على أصل العدم وكذلك لا يعطىها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلا يملك الامر بذلك أولى وان أخرجهما من الكوفة فان اشترى بها باع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان المشتري لنفسه لانه ربحه وعليه وضعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وان لم يشتري بها شيئاً حتى ردها الى الكوفة يرى من الضمان ورجع المال مضارباً على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يردده حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فالشراء فهو له وما رجع على المضارب لانه تقرر الخلاف في القدر المشتري وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير

سوقها فهو جائز على المضارب استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولوقال له اعمل به في سوق الكوفة أولا تعمل به الا في سوق الكوفة فعمل في غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة حجر له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلما ولوقال له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها لان في كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له اعمل به في الكوفة لما قلنا ولان القاع من حر وف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباع حرف الصاق فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولوقال خذ هذا المال مضارباً واعمل به في الكوفة فله ان يعمل به بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضارباً اذن له في التصرف مطلقاً وقوله واعمل به في الكوفة اذن له بالعمل في الكوفة فكان له ان يعمل في أى موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبداً من عبيدى ثم قال له اعتق عبدى سالماً ان له ان يعتق أى عبد شاء ولا يتقيد بالتوكيل باعتقاً سالم كذا هذا اذا المضارب به توكيل بالشراء والبيع ولوقال خذ هذا المال مضارباً الى سنة جازت المضارب به عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضارب به فاسدة (وجه) قوله انه اذا وقت له مضارباً به وقتاً فيحتمل انه لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضارب به توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضارب به بقياس قولهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلاً ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في الوكيل اذا قيل له بعه اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له ان يبعه غدا وكذا اذا قيل له على ان يبيعه اليوم دون غدا ولوقال خذ هذا المال مضارباً بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضارباً بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له ان يشتري سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على ان الشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والقاع لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله في الطعام ففي كلمة ظرف فاذا دخلت على ما لا يصلح ظرفاً لتفسير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضي التقييد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون اقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقدمت على الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيداً فالتقييد به ولا يملك ان يشتري غير الطعام والطعام هو الخنطة ودقيقها اذ لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والا من يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق الا على الخنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنساً آخر بان قال له خذ هذا المال مضارباً بالنصف على ان تشتري به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له ان يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمل به المضارب في المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سباعة سمعت محمد اقل في رجل دفع الى رجل مالا مضارباً به فقال له ان اشتريت به الخنطة فلك من الربح النصف ولى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولى الثلثان فقال هذا جائز وله ان يشتري أى ذلك شاء على ما سمي له رب المال لانه خيره بين عمليين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والقارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل في المصر فله الثلث الربح وان سافر فله النصف جاز الربح بينهما على ما شرط ان عمل في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر أو اشترى في السفر وباع في المصر فقد روى عن محمد انه قال المضارب به في هذا على الشراء فان اشترى في المصر فربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سواء

باعه في المصر أو في غيره لأن المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فإذا اشترى في المصر تعين أحد  
 العاملين فلا يتغير بالسفر وإن عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد من المالكين على ما شرط  
 ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيعه منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره وقال  
 الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لأن في تعيين الشخص تضيق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف وهو  
 الربح وتغيير مقتضى العقد لأن مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) أن هذا شرط مفيد لا اختلاف الناس في الثقة  
 والأمانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المال فكان التقييد  
 مفيداً كالتيقيد بنوع دون نوع وقوله التعيين غير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً من  
 الابتداء وإن قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على أن تشتري به من أهل الكوفة وتبيعه فاشترى وباع من رجال  
 بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لأن هذا الشرط لا يفيد الاثر في السفر كأنه قال على أن تشتري من الكوفة وكذلك  
 إذا دفع إليه مالا مضارباً في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيعه كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له  
 من الصرف لأن التقييد بالصيارفة لا يفيد الاختصاص بالبلد أو النوع فإذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء ولو  
 دفع إليه مالا مضارباً ثم قال له بعد ذلك اشتري به الزو بع فله أن يشتري الزو وغيره لأنه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء  
 الزو فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضارباً وعمل به بالكوفة إلا أن هناك القيد مقارن  
 وهما متراحيان وقد ذكرناه وذكر القدرى رحمه الله أن هذا محمول على أنه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد  
 الطاريء على مطلق العقد أنه إن كان ذلك قبل الشراء يعمل وإن كان بعدما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين  
 فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال ولو دفع إليه مالا مضارباً على أن يبيع ويشتري بالنقد  
 فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد لأن هذا التقييد مفيد فيتعهد بالذكور ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع  
 بالنقد جاز لأن النقد أرفع من النسيئة فلم يكن التقييد بهامفيداً فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع  
 بأكثر منها جاز كذا هذا (واما) الذي يرجع إلى عمل رب المال ماله أن يعمل وما ليس له أن يعمل فقد قال أصحابنا  
 إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز بيعه وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يحجز المضارب سواء  
 باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لأن جواز بيع رب المال من طريق الإعانة  
 للمضارب وليس من الإعانة إدخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو أكثر وعلى هذا لو كان المضارب  
 اثنين فباع أحدهما بدين رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يحجز المضارب الآخر لأن أحد  
 المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل بدين رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غيب فلا يملك  
 الأمر به وإذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه فأردب المال يبيع ذلك فأبى المضارب  
 وأراد أمساكه حتى يجدر بحاجته فإن المضارب يجبر على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لأن منع المالك عن تنفيذ  
 إرادته في ملكه لحق يحتتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له إن أردت الإمساك فرد عليه ماله  
 وإن كان فيه ربح يقال له ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لأجل  
 ابنه مضارباً فإن كان الابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضاربة للاب ولا شيء للابن من الربح لأن الربح في باب  
 المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فإن كان الابن يقدّر على العمل فالمضاربة للابن والربح  
 له إن عمل فإن عمل الأب بأمر الابن فهو متطوع وإن عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير  
 إذنه فصار كالاجنبي وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن  
 أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لأن المضارب فيه ملكاً ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وإن لم يكن فيها ربح  
 فالمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولومات كان للمضارب أن يبيعه



فصارت كالجارة المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجهه) قول زفر ان هذا يبيع ماله بماله وشراء ماله بماله اذ المالان جميعاً لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبته لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف ملك الاجنبي ولمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة ملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفعها بدار أخرى بجنبها فله أن يأخذ بالشفعة لان المشتري وان كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفعها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل يبيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصّة رب المال فكذلك هو وكيل ببيعها واما حصّة المضارب فلان لو أوجبتا فيه الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولان الربح تابع لرأس المال فاذا لم تجب الشفعة في المتبقي لا تجب في التابع ولو باع رب المال دار لنفسه والمضارب شفعها بدار أخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاء بمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه أخذها لرب المال وان كان فيه ربح فلمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيباً في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو ان أجنبياً اشترى داراً الى جانب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفاء بمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضارب به وملك التصرف في المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعاً فان سلم أحدهما فللاخر أن يأخذها جميعاً لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف اذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع ثم دفع المستأجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شيء للاجير في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة (وجهه) قول محمد انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة ونقضها فادام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لا قبل التوقيت ولو شاركه بعدما استأجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولا يبي يوسف انه لما استأجره فقدم له عمله فاذا دفع اليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً يعمل قدم له رب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشيء لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قدم له العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجارة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمداً فرب المال القصاص لان العبد ملكه على الخصوص لا حق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمعوا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين أما رب المال فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال واذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القتل العمد لما منع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله ويكون المأخوذ على المضارب بغيره يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضارب به فيكون على المضارب به كالتن وذكر محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدین عمد الم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله وكون في المضارب به لما قلنا والاصل ان في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضارب به وفي كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضارب به لان القصاص اذا استوفى فقد هلك مال المضارب به وهلاك مال المضارب به يوجب بطلان المضارب به والقيمة بدل مال المضارب به فكانت على المضارب به كالتن وقال محمد واذا اشترى المضارب ببيع مال المضارب به عبد يساوي القاتل فقتله رجل عمد فلا قصاص فيه لارب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا أمرب المال فلا نه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا وقع المريض عن القصاص كان من جميع المال واذا لم يصربه مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن العبد كان ربحاً فبين أنه انقرب باستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلا نه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا في القتل العمد اذا ادعى على عبد المضارب به انه هل يشترط حضور الولي لسماع البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد في باب القصاص مبق على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز اقراره وان كذبه الولي فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحرف (ولهما) ان هذه البينة تتعلق به استحقاق رقة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعاً لو أقر العبد بقتل عمد فكذب المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيما ملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شرعيين وقد أقر به العبد فعدا أحدهما فلا شيء لآخر لان موجب الجناية قلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصارك أنه أقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه في اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو افده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب ادفع نصيبك أو افده وصار كاحد الشرعيين اذا أقر في العبد بجناية وكذبه الاخر (وأما) وجوب القصاص على عبد المضارب به وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولي القاتل وانه متعين وتجاوز المراجعة بين رب المال والمضارب وهو أن يشتري رب المال من مضارب به فيبيعه مراجعة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مراجعة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال اذا مالان ماله والقياس يأبى ذلك الا اننا استحسننا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعاً في حقه مالا في حق غيرهما بل جعل في حق غيرهما ملحقاً بالعدم ولان المراجعة يبيع بحرية البائع من غير بينة واستخلاف فتجب صيانته عن الجناية وعن شبهة الجناية ما أمكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة الجناية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقمة بالحقيقة فلا يبيع مراجعة الا على أقل الثمنين بيان ذلك في مسائل اذا دفع الى رجل ألف درهم مضارب به فاشترى رب المال عبداً الخمسة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مراجعة على خمسمائة لانها أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى المضارب عبداً بألف من المضارب به فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مراجعة بألف ومائة ان كانت

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لانه لا حق فيه لرب المال فصار كأن رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى القاو وخمسة فباعها من المضارب بألف وخمسة فان المضارب يبيعها مريحة بألف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سماعه في نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول في مسألة المضاربة وهو آخر ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال ألف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باع رب المال بمائة يبيعه أبدا على أقل الثمنين لانه لا تهمة في الاقل وانما التهمة في الزيادة فيثبت لانه لا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مريحة على خمسة وخمسين لان المائة الزيادة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذي اشترى رب المال به ويسقط خمسة لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مريحة على خمسة وخمسين ولو اشتراه المضارب بمائة باعها مريحة بخمسة لانه لا فضل في ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويبيع على أقل الثمنين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيئا من حصة نفسه حتى يكون ما نقداً أكثر من ألف فيجب من حصته نصف ما زاد على الالف لانه اذا لم يزد على ألف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله في المال ربح لم يتعين له في المشتري حق لكونه مشغولاً برأس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح في يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضمها الى أقل الثمنين واذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسة فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف وخمسة لرأس المال وخمسة حصة المضارب من الالفين لان نصيب رب المال من الثمن ألف وخمسة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو ألف ويبقى من نصيب رب المال خمسة ونصيب المضارب خمسة ورب المال فيها كالأجنبي فيبيعه مريحة على ألف ولو كان المضارب اشتراه بألف فباعه من رب المال بألفين باع رب المال بألف وخمسة لان الالف رأس مال رب المال وخمسة نصيب المضارب ورب المال فيها كالأجنبي وخمسة نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سماعه وروى عن أبي يوسف أنه قال وهو قوله الآخر ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشر آلاف ثم باعه من المضارب بمائة باع المضارب مريحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة باع رب المال مريحة على مائة لان البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه ولا نه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزيد على الثمن الذي اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الخط على قول أبي يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حظه عند أبي يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبي يوسف الاول الذي أشار اليه ابن سماعه فهو ان الخط لا يجوز لانه قال اذا كان رأس المال الفاف ربح فيه القاشم اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسة فان رب المال يبيعها مريحة على ألف وسبع مائة وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو ملك الخط في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مريحة على ألف وسبع مائة وخمسين فينبغي على هذا القول اذا باع مريحة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف الى ما وقع العقد به والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الخط في مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لأجنبي



وذكر محمد في كتاب المضارب بة لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بألفين الف رأس المال والف ربح  
 فان المضارب يبيعه مراححة على الف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربح المضارب  
 لما ينال ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والبعد يساوى الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه  
 مراححة على الف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت  
 حكمه على ما ينال فيما تقدم الا أن بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين  
 فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته الف فباعه من المضارب بألفين الف مضارب بة والف  
 ربح فان المضارب يبيعه مراححة على الالف لانه لما اشترى ما قيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصصة وصار  
 كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مراححة  
 على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول  
 ولو كان رب المال اشتراه بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من  
 ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولا نرب المال لما باعه بالفين ما يساوى القاوهما متهمان  
 في حق الغير في العقد فصار كانه أخذ القالا على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد  
 يساوى القاوهما خمسمائة والمسألة بحالها وقد اشتراه بالف وأراد المضارب ان يبيعه مراححة باعه مراححة على الف ومائتين  
 وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصصة  
 المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبداً بالف درهم مضارب بة فباعه من رب المال بالفين  
 ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من الأجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه  
 مراححة لم يجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان بين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه  
 مراححة على الفين وهذه فرعية مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء  
 آخر فاراد أن يبيعه مراححة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود وفي مسئلتنا قدر ربح فيه رب المال  
 الف درهم لان المضارب لما اشتراه بالف وباعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما  
 باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه القاوهما وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدر رأس المال ونصيب  
 المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح الفين فاذا اشتراه المضارب بالفين وجب ان يطرح الالفين من رأس المال  
 فلا يبقى شيء ولهذا لم يجز البيع مراححة الا بعد ان بين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد  
 الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مراححة على جميع الالفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال  
 بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وسمائه ثم ان المضارب اشتراه من الأجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه  
 مراححة باعه على الف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قدر ربح فيه سمائة ألا ترى ان المضارب لما  
 اشتراه بالف باعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى  
 بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصصة المضارب فلما باعه بالف وسمائه فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح  
 مائتين وخمسين ربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف واربعمائة ولو اشترى المضارب  
 عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشتراه من الأجنبي  
 مراححة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الأجنبي ثلثمائة فان الأجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال  
 لما حط من الأجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن في طرح من رأس المال وتطرح  
 حصته من الربح وقد كان الأجنبي ربح مثل ثلث الثمن في طرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة  
 فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مراححة باعه على الف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة بقي الربح أربع مائة فلما اشتراه المضارب بالقرين ثم حط عنه أربع مائة صار شراؤه بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربع مائة فيبيعه على ما بقي وتجوز المراجعة بين المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضارباً بالنصف ودفع الى رجل آخر الف درهم مضارباً بالنصف فاشتري أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضارب بقبائه من المضارب الآخر بألف فاراد الثاني أن يبيعه مراجعة باعه على خمسمائة وهو أقل الثمنين لأن مال المضاربين لرجل واحد فصار بيع أحدهما من الآخر في حق الجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين ولو باعه الاول من الثاني بألفين الف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مراجعة على الف ومائتين وخمسين لأن الثاني اشتري نصفه لنفسه وقد كان الاول اشتري ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مراجعة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصارا كالأجنبيين فاما النصف الذي اشتري الثاني بألف المضارب بقبائه فقد كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضارب بقبائه من الثاني بألفين للمضارب بالف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مراجعة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين الف وحصصة المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثاني على الف لأن أقل الثمنين خمسمائة وحصصة المضارب خمسمائة فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين وحصصة من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضعية على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لأن المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضارب بشيئان أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضاربية يحتمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلم يجعل نفقته من مال المضارب لانه لا يمنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامهم على هذا العقد والحال ما وصفنا اذ نام رب المال للمضارب بالاتفاق من مال المضارب به فكان مأذوناً في الاتفاق دلالة فصاركما لو أذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببذل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبضع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببذل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعه عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخرج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضارباً سواء كان المصر مصره أو لم يكن فإدام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضارب به وان أنفق شيئاً منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيماً قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوماً أو يومين فله أن ينفق من مال المضارب به كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من مكان المضارب به لوجود الخروج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قصده فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقيماً بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه وان نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه داراً إقامة لانه اذا لم يتخذ داراً إقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذ وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصاركما لوطن الاصل فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضارب به بعد المسافرة بالمال الا بالإقامة في مصره أو في مصر يتخذ داراً إقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذي أخذ المال فيه مضارباً فان نفقته من مال المضارب حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصراً أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال مادام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خروجه لا لجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان خروجه من البصرة لا لجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامته وأنه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضارب به حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لانه لا يتهم له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضارب به ونفقتهم على رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضارب به كذا عبيده فاما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل بنفسه في المال انفق عليه منه كذا عبده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضارب به قوله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضارب به على نفسه ويكون ديناً في المضارب به حتى كان له أن يرجع فيها لان الاتفاق من المال وتديره اليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضارب به كالوصي اذا اتفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما اتفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا لانه يرجع بما اتفق في مال المضارب به لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال شيء كذا ذكر محمد في المضارب به لان نفقة المضارب من مال المضارب به فاذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجنابة يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضارب به فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراس ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجها وغسل ثيابه ودهن السراج والخطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا بد له منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والقصد والتنور والادهان وما يرجع الى التداوى وصلاح البدن ففي ماله خاصة لا في مال المضارب به وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضارب به عنده وذكروا في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضارب به والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا اذا قضى القاضى بالنفقة يقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشرى نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضارب به لان سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً في مال المضارب به لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء في وقت ودون مكان ودون مكان وسواء سافر بمال المضارب به وحده أو بماله ومال المضارب به ومال المضارب به لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضارب به أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالخصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فهماً وان كان أخذ المالين مضارباً لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضارب به لان سفره لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينتفق من مال نفسه لانه بدل العمل في المضارب به وليس على رب البضاعة شيء الا أن يكون أذن له في النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضارب به بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة



بالخصص لان سفره لاجل المالكين (وأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولاً ان كان في المال ربح فان لم يكن فهي من رأس المال لان النفقة جزءها لك من المال والاصل ان هلاكك ينصرف الى الربح ولا نالو جعلناهما من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لا زداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب الى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقي الى المضاربة وروى المعلى عن أبي يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبداً بالدين فأفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شيء من رأس المال فالنفقة تكون استئدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا أففق على عبد غيره الا أن يكون القاضي أمره بذلك فان رفعه الى القاضي فأمره القاضي بالنفقة عليه فما أففق فهو عليه ما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة ديناً بأمر القاضي لان له ولاية على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستئدانة عليه وانما صار قضاء القاضي بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين لان القاضي لما أزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولودفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدوري رحمه الله الاختلاف (وجه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال اتفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الاتفاق على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد عين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد لا يبق من المضاربة اذا جابه رجل وقيمتها ألفان وليس في يده من المضاربة غير العبد ان جعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب في رأس ماله اذ هو زيادة في رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما شرط من الربح قال بشر عن أبي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المضاربة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والا فهو وضعية من رأس المال وانما يلحق الجعل برأس المال في باب المراجعة لان الذي يلحق رأس المال في المراجعة ما جرت عادة التجار بالحاقه وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لاجل المال ويجوز أن يحتسب بالشئ فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثاني ما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفا فاقسما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التي في يد المضارب بعد قسمتها الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه رده الى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائم فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشئ لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقي في يد المضارب حكم المضاربة بحالها فلو صح حاق قسمة الربح لثبتت قسمة القرض قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصح

القسمة فاذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسمه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً ثم اقتسم الربح ثم رد الالف التي قبضها بعينها الى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستتملة فان هلك في يده لم تنقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الربح في المضاربة الاولى والفين واقتسم الربح فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذي قبض لانه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله واذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضموناً عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء لان ما هلك بعد القبض ملك في ضمان القابض فبقائه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسم الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالتول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما يرد المضارب فان بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انما رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أميناً لكن القول قول الأمين في اسقاط الضمان عن نفسه لافي التسليم الى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال يحج ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهد للمضارب وذكر ابن سماعه في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل بالنفقة ويترى فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون مأخذ رب المال من النفقة نقصاناً من رأس المال ولكنهما يحتسبان رأس المال القامن جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقي لئلا يبطل هذا اذا كان في المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما) الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان في المال ربح وان لم يكن فلا شيء له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا ان له أن يعمل في المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح تمام ملكه وانما يستحق المضارب شرط أمنه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع عيئه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وجعل المال في يده أمانة كما في المضاربة الصحيحة وذكرنا الطحاوي فيه اختلافاً وقال لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن كما في الاجير المشترك اذا هلك المال في يده

﴿فصل﴾ وأما صفة هذا العقد فهو أنه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعنى رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عرض وقت النهى لم يصح نهيه وله أن يبيعها لأنه يحتاج إلى بيعها بالدرهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهى والفسخ ابطلاً لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهى صح الفسخ والنهى لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لأن ذلك لا يعد بيعاً لاتحادهما في الثمنية

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فإن اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضارب في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم من الاشخاص وادعى الآخر نوع ومكان دون مكان وشخصاً دون شخص لأن قوله من يدعى العموم موافق للمقصود بالعقد إذا المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الخطة دون ماسواها وقال المضارب ماسميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع عينه لأن الاطلاق أقرب إلى المقصود بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد أن القول قول رب المال في الفصلين جميعاً وقيل أنه قول زفر (وجهه) أن الاذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم في دعوى العموم والخصوص لأنها ثبتت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لأنها ثبتت زيادة فيه وبينه الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال إليك مضارباً في البر وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعاً لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لا استوائهما في ذلك فترجح بالاذن وأنه يستفاد من رب المال فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأن بينته مثبتة وبينه رب المال نافية لأنه لا يحتاج إلى الاثبات والمضارب يحتاج إلى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البينتين إذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتنا ان الوقت الاخير أولى لأن الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع إليه أولى وإن اختلفا في قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح فإن كان في يد المضارب ألف درهم يقرانها مال المضاربة فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف والقول قول رب المال أنه شرطت لك ثلث الربح وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد وكان قوله الاول أن القول قول رب المال في الأمرين جميعاً وهو قول زفر (وجهه) قوله الاول أن الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على أن جملة المال مضارباً به وادعى المضارب استحقاقها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما إذا قال المضارب بعض هذه الألفين خلطتها بها أو بضاعة في يدي لأنهما ما اتفقا على أن الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله (وجهه) قوله الآخر أن القول في مقدار رأس المال قول المضارب لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلاً وقال لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله فكذا إذا أنكر البعض دون البعض وإنما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لأن شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشرط قوله ألا ترى أنه لو أنكر الشرط رأساً فقال لم أشرط لك ربحاً وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله فكذا إذا أقر البعض دون البعض وإذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الاخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الألف الاخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول يأخذ رب المال الألفين جميعاً وإن كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير



واقسم بما بقي من المال أثلاثاً وعلى قوله الأول يأخذ رب المال ألفي درهم ويأخذ ثلثي الألف الأخرى لما بينا وان كان في يد المضارب قدر ما ذكرناه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف ودعة لا آخر أو مضاربة لا آخر أو بضاعة لا آخر أو شركة لا آخر أو على ألف دين فالقول في الدفعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها لأن من في يده شيء فالظاهر أنه لا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعي من فضل فالبينة بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فيينة رب المال تثبت زيادة في رأس المال وبينه المضارب تثبت زيادة في الربح وقال محمد رحمه الله إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها إلا فساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لأنها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث العشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لأنه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعي تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعي حصة العقد ورب المال يدعي فساد فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال وان تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لأنه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشترط لي شيئاً أو لي أجر المثل فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي أجره واجبا في ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئاً فالبينة بينة رب المال لأنها مثبتة للشرط وبينه المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة أنه شرط له مائة درهم فبينته أولى لأن البينتين استويا في إثبات الشرط وبينه المضارب أو جبت حكماً زائداً وهو إيجاب الأجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخي رحمه الله أنهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة إلا في هذا الفصل خاصة وهو أنه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة على أنه شرط للعامل نصف الخراج وقال العامل شرطت لي مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل ان من لا بذله من جهة لو امتنع من العمل يحبر عليه فرجحتا بينة من يدعي الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يحبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحتا بإيجاب الضمان وهو الأجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضارباً بنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله أنه لم يشترط ولأن المضارب يدعي استحقاقاً في مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت اليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه التمليك وهو منكر فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لأنها تثبت التمليك ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت الي مضاربة وقال رب المال أقرضتنيك فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على أن الإخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لأنها تثبت أصل الضمان ولو جحد المضارب المضاربة أصلاً ورب المال يدعي دفع المال اليه مضارباً فالقول قول المضارب لأن رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعه في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع لي شيئاً ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت لي ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لأنه أمين والأمين اذا جحد الأمانة ضمن كالمدع وهذا لان عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جوده فسخه أو رفعه وإذا ارتفع العقد صار المال مضموناً عليه كالوديعة فإن اشترى بها مع الجحود كان مشترى بنفسه لأنه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لأن من حكم المضارب أن يكون المال أمانة في يده فإذا صار مضميناً لم يبق أميناً فإن أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لأن العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود إلا بسبب جديد فإن اشترى بها بعد الإقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لأنه قد ضمن المال بجوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة يبرأ من الضمان لأن الأمر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لأن الضمان لا ينافي الأمر بالشراء بدليل أن من غصب من آخر شيئاً فأمر المغيصوب منه الغاصب ببيع المغيصوب أو بالشراء به صح الأمر وإن كان المغيصوب مضموناً على الغاصب وإذا بقي الأمر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الأمر وقع الشراء للأمر ولن يقع الشراء له إلا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب إذا باع المغيصوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضموناً عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالغاصب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المغيصوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان أنه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها بعد الجحود ألفاً ثم أقر بها ثم اشترى جازاً بالشراء ويكون للأمر و يرى الجاحد من الضمان ولو اشترى بها بعد أن أقر لم يبرأ من الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب ولو دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه ثم جحد ألفاً ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف فإن العبد للأمر لأن الوكيل يشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للأمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لأنه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحصل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحد إياه فأدعاه لنفسه ثم أقر له به أن البيع جائز وهو يرى من ضمانه وكذلك أن أمره بعتقه فجحده وأدعاه لنفسه ثم أقر له به فأعتقه جازعته لما ذكرنا أن الأمر بعد الجحود قائم فإذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعه ينبغي في قياس ما إذا دفع إليه القاء وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه أنه يجوز ويلزم الأمر لأنه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمد أقال في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسة فقال هذه ألف رأس المال وهذه الخمسة ربح وسكت ثم قال على دين فيه لقلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد إذا أقر المضارب أنه عمل بالمال وإن في يده عشرة آلاف وعلى فيها دين ألف أو لقان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمي صاحبه أو لم يسمه وإن سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (ووجهه) أنه إذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فإذا قال على دين ألف فقد رجح عما أقر به لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين والإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما إذا قال ذلك متصلاً لأن الإقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجهه) قول محمد أن أقر بالدين في حال يملك الإقرار به فينفذ إقراره كما إذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله أن قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعاً عما أقر به من الربح ممنوع فإنه يجوز أن نرجح ثم نلزمه الدين ألا ترى أن الرجل يقول قدر نحت ولزمني دين وهو يملك الإقرار بالدين فإذا أقر به صح ولو جاء المضارب بألفين فقال ألف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح إلا خمسة ثم هلك المال كله في يد المضارب فإن المضارب يضمن الخمسة التي جحد ها ولا ضمان عليه في باقي المال لأن الربح أمانة في يده فإذا جحد فقد صار غاصباً بالجحود فيضمن إذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت إليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجح فقال لم أدفعه إليك ولكن هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لأنه صار

جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالبحود وكذلك لو اختلفا في الرجح ثم رجح فقال لم أدفعه إليك ولكنه هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الرجح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت إلى النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الرجح يؤديه إلى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لا ناقد بينا أن القول في شرط الرجح قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الرجح والله عز وجل الموفق

**فصل** وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي فإن كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وأن كان عينا صحح لكن له صرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لأن المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لأنه عزل حكيم فلا يتقف على العلم كما في الوكالة إلا أن رأس المال إذا صار متاعا فلو وكيل أن يبيع حتى يصير ناضلا بينا وتبطل بمجرد أحدهما إذا كان مطبقا لأنه يبطل أهلية الأمر للأمر وأهلية التصرف للأمر وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن يرجع إلى الإسلام بعد ذلك فذلك كله والتحقت ردة بعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأن لم يرتد أصلا وكذلك أن لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف إن مات أو قتل أو لحق فحكم بالحق يزول ملكه من وقت الردة إلى ورثته ويصير كأنه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بأمره بطلان أهلية الأمر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فإن كان رأس المال يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشتري بعد ذلك فالمشتري وربحه يكون له لأنه زال ملك رب المال عن المال فينزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وإن كان صار رأس المال متاعا فيبيع المضارب فيه وشرأؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك ردة فإن حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لأن الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كأن عين المال قائم في يده إلا أنهم استحسنوا فقالوا إن باعه بجنس رأس المال جاز لأن على المضارب أن يرد مثل رأس المال فكان له أن يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدر في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعودة رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فإن مات رب المال أو قتل كان موته كموت المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك أن لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لأن ذلك بمنزلة الموت بدليل أن ماله يصير ميراثا لورثته فبطل أمره في المال فإن لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لأن وقوف تصرف رب المال بنفسه لو قوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة لا لأنه لا عهدة على المضارب وإنما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لأن العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيًا محجورا أو عبداً محجورا فأما على قولهما فالعهدة عليه لأن تصرفه كتصرف المسلم وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كموته قبل الردة وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لأن ردة مع الحاق الحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فإن لحق المضارب



بدار الحرب بعد رده فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحر بي إذا استولى على مال إنسان ولحق بدار الحرب أنه يملكه فكذا المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعاً سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لأن ردها لا يؤثر في ملكها إلا أن تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحقها لما ذكرنا أن ذلك بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً في قول أصحابنا لأنه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلك المضارب أو أتلفه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه لمسا قبلنا حتى لا يملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة فإن أخذ مثله من الذي استهلكه كان له أن يشتري به على المضاربة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ مثله فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد بن وهبان لو أقرضها المضارب رجلاً فإن رجع إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لأنه وإن تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وإن أخذ مثلاً لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئاً فإن هلك بعد الشراء بان كان مال المضاربة ألقاً فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض بثلثها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبداً حتى يسلم إلى البائع ويكون ما دفعه أو لأرب المال وما غرم كله من رأس المال وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير أن الفرق بين الوكيل والمضارب أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل لأن المقصود من الوكالة بالشراء الاستفادة ملك المبيع لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانتتهى عقد الوكالة باتمهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء آخر فاما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء لأن المقصود منها الربح ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانياً وثالثاً وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلم يصير ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك مجازاً يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصه وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع ألفان وخمسمائة وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها أرباعاً ربها للمضارب وثلاثة أرباعاً رب المال لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لأنه اشتراها بالدين ورأس المال ألفاً فخصه رب المال من الربح خمسمائة وحصته المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمناه عليه وإنما خرج ربع الجارية من المضاربة لأن القاضي لما الزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين إلا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزمت رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فإن بيعت هذه الجارية بربعة آلاف منها للمضارب ألف لأن ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربع خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوى ألفين والشراء بألف وهي مال المضارب فضاغت غرمها رب المال كلها لان الشراء اذا وقع بألف فقد وقع ثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشراء وقع بالفين فظهر ربح المضارب وهلك ربح الجارية فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن وروى عن محمد في المضارب اذا اشترى جارية بالفين درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاغت الا لقان قبل ان ينقدها البائع أنه على ان على المضارب الربح وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بامه تساوى ألفاً وقبض التي اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتت جميعاً في يده فانه يغرم قيمة التي اشترى وهي ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها ولا فضل في ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشتري المضارب جارية قيمتها ألف بالفين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والا فشر المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعاً وذكر ابن سماعه عن محمد في موضع آخر في نوادره في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبس قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العيدين لان كل واحد منهم يجوز ان يكون رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في شيء من العيدين وهذا مخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمداً يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان الاعتبار بما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصة ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليقه بعدم نقاد العتق فلا يطرد لانه لو اشترى بالفين جارية تساوى ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نقود العتق في الجارية المشتراة بالفين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فانه لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده في جميع المواضع وقال محمد اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهي مال المضارب ففقدت المال فقال رب المال اشترتته على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشترتته بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندى فاذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل في كل من يشتري شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه ولان الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضاربة الكبيرة اذا اختلفا وقال رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وانا أرى ان يدان آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشراء لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو ان يهلك شاهد لرب المال فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا انفسخت المضاربة ومال المضارب بديون على الناس وامتنع عن التقاضي والقبض فان كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما ألزم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكيل فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للامر الا بالحالة من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه ولو ضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يحجز ضمانه لان العاقد قد جعله أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد  
أميناً ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع  
والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده امانة اذ مات قبل البيان ولا تعرف الا امانة بعينها فانه يكون عليه ديناً  
في تركته لانه صار بالتجهيل مستهدكاً للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت  
المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة في يد وصيه أو في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك  
والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته والله عز وجل أعلم

~~~~~

### كتاب الهبة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم  
الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس ركن استحساناً والقياس ان يكون  
ركناً وهو قول زفر وفي قول قال القبض ايضاً ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء  
لقلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحث استحساناً وعند زفر لا يحث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه  
اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لقلان فباعه فلم يقبل انه لا يحث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لا آخذ من فلان ولا آخذ من فلانة  
الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعث  
هذا الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف  
الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب  
هبة شرعاً لهذا يمكن الايجاب بدون القبول تبعاً كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب  
المالك من غير شرط القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة  
فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يتوقف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة  
والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن  
جثامة أهدى الى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفي رواية بودان فرد النبي عليه الصلاة  
والسلام وقال لولا انا حرام والا قبلنا فقد أطلق الراوى اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى  
ان سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال لها اني كنت نخلت لك  
جداً وعشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق  
رضي الله عنه اسم النخل بدون القبض والنخل من الفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب المالك  
والاصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم  
البيع لغة وشرعية على أحد هما دون الآخر فلم يوجد الا يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو  
اكتساب المدح والشناء بظواهر الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف  
هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول  
والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والمالك محكوم شرعي ثبت جبراً من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا  
يتصور منع النفس عنه أيضاً بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير  
تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعاً فلا يوجب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو  
جعلته لك أو هو لك أو أعطيته أو نخلته أو أهديته اليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به  
الهبة (أما) قوله وهبت لك فصرح في الباب وقوله ملكتك يحري بحري الصريح أيضاً لان تملك العين للحال من



غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشيء لك وقوله هلك لان اللام المضاف الى من هو أهل للملك  
للتملك فكان تملك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين  
في عرف الناس هو تملكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك  
الله كذا ووهبك بمعنى والنحلة هي العطية يقال فلان نحل ولده نحلي أى أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك  
هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن  
الخطاب رضى الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع في السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه  
وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع في صدقتك فاحتمل تملك العين واحتمل تملك المنافع فلا بد من النية  
للتعيين ولو قال منحتك هذا الشيء أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو أما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع  
به من غير استهلاكه وأما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه  
كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية  
لان المنحة في الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه  
من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تملك المنفعة من غير عوض وهو تفسير  
الاعارة وكذا اذا قال لارض يضيء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم  
ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ اعارة ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان  
فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل  
وسند كروجهيها في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوا بأوقافه حلوا بأوقافه حلوا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه  
الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجازله الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقته فهو معدود من المنافع عرفا وعادة  
فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عنقا كان له عارية  
لان الجدى بعرض أن يصير فخلا والعناق حلوا باوان عني بالمنحة الهبة في هذه المواضع على فهو ما عني لانه نوى  
ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالما كول والمشروب والدرهم  
والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن  
الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي تملكها وتملك العين للحال من غير  
عوض هو تغيير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا يخلو (اما) ان  
كان وقتا (واما) ان كان شرطا (واما) ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرت هذه الدار أو صرح فقال  
جعلت هذه الدار لك عمرى أو قال جعلتها لك عمرى أو قال هي لك عمرى أو حياتك فإذا مت أنت فهي رد على أو قال  
جعلتها لك عمرى أو حياتي فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولو رثته بعد وفاته  
والتوقيت باطل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها  
فان من أعمر شيئا فانه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل أعمر عمرى  
له ولعقبه فانه الذى يعطاها لا يرجع الى الذى أعطاه لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث وعن جابر قال قال رسول  
الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدل هذا النص على جواز الهبة  
وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تملك العين للحال مطلقا ثم قوله عمرى توقيت التملك وانه  
تغيير لقتضى العقد وكذا تملك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لقتضى العقد  
والشرع فبطل وبقى العقد صحيحا وان كانت القرينة شرطا نظر الى الشرط المقرن فان كان مما يمنع وقوع التصرف  
تمليك للحال يمنع حصة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت هذه الدار لك رقي أو قال هذه الدار لك رقي ودفعها اليه في عارية في يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذاهية وقوله رقي باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري والرقبي ولأن قوله داري لك تملك العين لا تملك المنفعة ولما قال رقي فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا وهذا لو قال داري لك عمري أنه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا واحتج بما روى الشعبي عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري وأبطل الرقي ومثلها لا يكذب ولأن قوله داري لك رقي تعليق التملك بالخطر لأن معنى الرقي أنه يقول إن مت أنا قبلك فهي لك وإن مت أنت قبلني فهي لي سمي الرقي من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقي تعليق التملك بأمر له خطر الوجود والعدم والتملكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لأنه دفع اليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمري لأن هناك وقع التصرف تملك كالحال فهو بقوله عمري وقت التملك أنه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقي العقد على الصحة ولا حجة له في الحديث لأن الرقي تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل أن تكون من الارتقاب وهو هبة الرقبة فإن أريد بها الأول كان حجة له وإن أريد بها الثاني لا يكون حجة لأن ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على الثاني توفيقا بين الحديثين صيانة للكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهما في الحقيقة إن كان الرقي والارتقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة وينبغي أن ينوى أن ينعى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وإن عني به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين داري لأطولكما حياة فهو باطل لأنه لا يدري أيهما أطول حياة فكان هذا تعليق التملك بالخطر فبطل ولو قال داري لك حبيس فهذا عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقي (وجه) قوله أن قوله داري لك تملك وقوله حبيس نفي الملك فلم يصح النفي وبقي التملك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسير القول لك فصار كأنه ابتداء بالحبيس فقال داري حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال داري رقي لك كان عارية إجماعا ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ولو وهب عارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما لم تنع وقوع التصرف تملك كالحال وهي شروط تخالف مقتضى العقد فبطل وبقي العقد على الصحة بخلاف شروط الرقي على ما بينا وبخلاف البيع فإنه تبطل هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسر الله لأن ذكره في العقد لم يصح فيلحق بالعدم ويبقى العقد صحيحا إلا أن الفساد في البيع للنهي الواردي فيه ولا نهى في الهبة فيبقى الحكم فيه على الأصل ولأن دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يجري مجرى الترغيب في أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب إلى التهادي والهدية هبة وروينا عن الصدوق رضي الله عنه أنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها إني كنت نخلتك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن وعلى هذا يخرج ما إذا وهب عارية واستثنى ما في بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه أن الهبة جائزة في الأم والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام في العقود التي فيها استثناء الحمل أنها أقسام ثلاثة قسم منها يبطل وبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح وبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويصح الاستثناء (أما) الأول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لأن الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشرط الفاسد (وأما) القسم الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق بان أعتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أتى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلته لورثته انه تصح الوصية ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلته لانسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصى وبمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افتراق الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هبة عمرى عارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تملك المنافع لان قوله هذا كظاهره وان كان تملك العين لكنه يحتمل تملك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسير المستعير وبينا انه أراد به تملك المنفعة وتملك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسير الهبة لان قوله هبة تحتل هبة العين ويحتل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا المراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تملكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولوقال هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبها لك لتؤجرها ولوقال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الواهب وبعضها يرجع الى الموهوب وبعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو أن لا يكون معلقا بحاله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا لان الهبة تملك العين لحال وانها لا تحتل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها ممن لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والجنون لانهم لا يملكان التبرع لكونه ضارا محض لا يقابله نفع دنيوى فلا يملكها الصبي والجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بخلاف لان المتبرع بمال الصغير قرر بان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابله نفع دنيوى وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقر بوامال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابله عوض دنيوى كان التبرع ضارا محض وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تملك فاذا شرط فيها العوض كانت تملك بعوض وهذا



تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التملك (ولهما) أن الهبة بشرط  
العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل انها تنفذ الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما  
توقف الملك فيه على القبض لأن البيع ينفذ الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم  
تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فأنواع (منها) أن  
يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بان وهب ما يثمر نخلة العام وما تلد أغنامه السنة ونحو  
ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تملك للحال وتملك المعدوم محال والوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت  
والإضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا تجوز وان  
سلطه على القبض عند الولادة والحب لا نه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لأن انتفاخ البطن قد  
يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر  
الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالإضافة الى ما بعد زمان الحدوث لأن التملك بالهبة مما لا يحمّل الإضافة  
الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح  
استحسانا لأنه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدورا ل القبض بطريقه على ما سئذ كره ان  
شاء الله تعالى وكذلك لو وهب بذاتى ابن أو دهنافى سمس أو دقيقافى حنطة لا يجوز ان سلطه على قبضه عند  
حدوثه لأنه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل الى الإضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا  
بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لأن الموهوب موجود مملوك للحال إلا أنه لم ينفذ للحال  
لما منع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما  
لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة  
والدم وصيد الحرم والأحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا فى البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأما الولد  
والمدر المطلق والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتمم كالخمر ولهذا لم يجز  
بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا فى نفسه فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تملك وتملك ما ليس بمملوك محال (ومنها)  
أن يكون مملوكا لالواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا  
الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لأن المالك والمملوك من الأسماء الإضافية والعلاقة التى تدور عليها الإضافة هى  
الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب فى صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا  
أو دينافى تجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فجاز أيضا اذا أذن له  
بالقبض وقبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز ان أذن له بالقبض (وجه) القياس أن القبض شرط جواز الهبة وما فى  
الذمة لا يحمّل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لأن الدين فى ذمته وذمته فى قبضه فكان الدين فى قبضه بواسطة  
قبض الذمة (وجه) الاستحسان أن ما فى الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى أن المدينون يجبر على تسليمه إلا  
أن قبضه بقبض العين فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما فى الذمة لأنه لا بد من الأذن بالقبض صريحا  
ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما ذكره فى موضعه (ومنها) أن يكون محسوزا فلا تجوز  
هبة المشاع فيما يقسم وتجزو فيما لا يقسم كالعبد والحمام والذن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط  
وتجزو هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يجب  
سبحانه وتعالى نصف المفروض فى الطلاق قبل الدخول إلا أن يوجد الخط من الزوجات عن النصف من غير  
فصل بين العين والدين والمشاع والمقسم فيدل على جواز هبة المشاع فى الجملة وما روى أن رسول الله صلى الله  
عليه وسلم أنه لما شدد فى الغلول فى الغنيمة فى بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام الى سنام بعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أمانى لا يحل لى من غنيمتكم ولو بمثل هذه البرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط  
 والخيط فان الغلول عار وشنار على صاحبه الى يوم القيامة فجاء اعرابي بكبة من شعر فقال أخذتها لاصلاحها  
 برعدة بعيرى يارسول الله فقال أما نصيبى فهو لك وسأسلمك الباقي وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن  
 رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أنى أيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين  
 أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباعد أسعد نصيبهما ليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى  
 ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبي عليه الصلاة والسلام فوهباً أيضاً نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم  
 فقد قبل النبي عليه الصلاة والسلام الهبة في نصيب أسعد وقبل في نصيب الرجلين أيضاً ولو لم يكن جائزاً لما قبل لان  
 أدنى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز ولا ان الشيعاء لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك  
 والشيعاء لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيعاء لا يمنع  
 القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخليفة الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها  
 شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبابكر رضى الله عنه قال  
 في مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقر أنت وانى كنت تحلتك  
 جداد عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق  
 رضى الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في اللغة جمع الشئ المفرق في حين وهذا معنى القسمة لان  
 الانصاء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في حين وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه  
 قال ما بال أحدكم ينحل ولده لنحل لا يجوزها ولا يقسمها ويقول ان مات فهو له وان مات رجعت الى وامي الله لا ينحل  
 أحدكم ولده لنحلى لا يجوزها ولا يقسمها فيموت الا جعلتها ميراثاً لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها  
 بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي الى التكرار اخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى  
 عن سيدنا علي رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحض من أصحاب  
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعاً ولا ان القبض شرط جواز هذا العقد والشيعاء  
 يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمسك من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور  
 فان سكنى نصف الدار شائعاً وليس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لان  
 العقد لا يتناول الكل وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة  
 لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشيعاء مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة  
 المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف  
 ولا ضرورة هنا لان الحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضى الله  
 عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الضرورة  
 دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هنا  
 فلم اعتبر الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صححت في مشاع محتمل القسمة لصار عقد  
 ضمان لان الموهوب له يملك مطالبته الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي الى تغيير المشروع ولهذا اتوقف  
 الملك في الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد ثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدي الى ايجاب الضمان في عقد  
 التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع  
 لان الضمان ضمان القسمة والحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المقرض  
 الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون

ديناً وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لأنه استقاط الدين عنه وأنه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل أن النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فهو واسلموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل عليه فإنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على أن ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لأن كبة واحدة لو قسمت على الجمل الغفير لا يصيب كلاً منهم إلا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشرى كاه وهباً نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل أن الانصباء كانت مقسومة مفرزة ويجوز أن يقال في مثل هذا بينهم إذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة أنها تضاف إليهم وإن كانت أنصباء أو هم مقسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لأن حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له جائز لأن هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نقاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح إذا الشروع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط إلا القبض الممكن من التصرف فإذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضي الله عنه لا يدل عليه فإنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نخلت لك جداد عشر بن وسقاً من مالي وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لأن النخل من الفاظ الهبة ولو لم ينعقد مفعله الصديق رضي الله عنه لأنه ما كان ليعقد عقداً باطلاً فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف دار من رجل ولم يسلم إليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم إليه جملة جائز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم إليه بنحلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم يجز الهبة لأن كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ إلا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريك كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة من غير فصل ولأن المانع هو الشيعاء عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله (وجه) قوله أن الشيعاء لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمقروض (ولنا) أن القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أولاً يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولأن التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشرع وعلى ما بينا في الهبة ولو وهب شيئاً ينقسم من رجلين كالدار والدرهم والدناير ونحوها وقبضها لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلاً من واحد شيئاً ينقسم وقبضه أنه يجوز فأبو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعاً فلم يجز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيعاء وقت القبض وهما جوازاها لأنه لم يوجد الشيعاء في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلم يعدم الشيوع في وقت القبض (وأما) هما فلا نعداهما في الحالين لأنه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهما على حرف وهوان هبة الدار من رجلين تملك كل الدار جملة أو تملك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كأنه أفر تملك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تملك الكل منهما لا تملك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تملك الشائع فيجوز (وجه) قوله ما إن العمل بموجب الصيغة هو الأصل وذلك فيما قلنا لأن قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منها لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لأن ذلك توزيع وتقرير واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لعل الضرورة الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك الكل منهما وموجب التملك



منها تبوت الملك لهما في الكل وانما ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الاقسام ضرورة المزاومة واستوائهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالاخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انقرداً أحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاومة مع المساواة في الاستحقاق ثبتت عند اقسام الميراث في النصف وكذا الشفعان ثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاومة والاستواء في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحاً لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الا تقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جازلانه يكون رهن المشاع لهذا الوقضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تملك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تملك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منك اما ان يكون تملك كل الدار من كل واحد منهما واما ان يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والحال لا يكون موجب العقد فعين الثاني وهو أن يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوكة لكل واحد منهما الملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالثباني أو بالقسمة وهذا آية تبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تملك الدار لهما على التناصف كان تملكاً مضافاً الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قوله ان موجب الصيغة تبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمر محالاً أيضاً فكان موجب العقد تملك منهما على التناصف لان هذا تملك الدار منهما فكان عملاً بموجب الصيغة من غير احالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح رهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدى عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين شيئاً مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكاهذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسير الحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسير النفس العقد لان العقد وقع تملك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسير الحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يحز لان الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكاهذه الدار ثلثها لهذا وثلثها لهذا لم يحز عند أبي يوسف وجاز عند محمد (وجهه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل لعقد البيع (وجهه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعاً في العقد ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعذر جعله تفسيراً لأن مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين لأحد هما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا أو نصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أبهم بان قال وهبت منكاً أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيئاً ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصديق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يتغنى بها وجه الله تعالى وسند كرحمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون  
 الثمر والتمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس  
 بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبه المشاع ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين  
 فان كانا غنيين لم يحجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لان التصديق على الغنى ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز  
 وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز في الهبة من رجلين وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب  
 الهبة لا تجوز وفي الجامع الصغير يحوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياع كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على  
 ما ذكرنا فيما تقدم وههنا يتحقق الشيوخ في القبض (وجه) رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوخ في القبض  
 لا يتحقق في الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله  
 تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة  
 تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوخ كما لو تصدق على فقير  
 واحد ثم وكل بتبضعها وكيلين بخلاف التصديق على غنيين لان الصدقة على الغنى يتغنى بها وجه الغنى فكانت هدية لا  
 صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتغنى بها وجه الله تعالى والدار الآخرة والهدية يتغنى بها وجه الرسول  
 وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوخ في القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن  
 يكون الموهوب مقبوضاً وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القابض والمقبوض من الاسماء الاضافية  
 والعلاقة التي تدور عليها الاضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده الى كل واحد منهما في صناعة الترتيب فتأمل  
 والكلام في هذا الشرط في موضعين في بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفي بيان شرائط صحة القبض (أما الاول  
 فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك  
 رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتملك العين فيفيد الملك  
 قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضي الله  
 عنهما اعتبر القسم والقبض لجواز النحل بحضرة الصحابة ولم يقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعاً وروى عن  
 سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا  
 مقبوضة محبوزة ولم رد عن غيرهم خلافة ولا نهى عقد تبرع فلو صح بدون القبض ثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب  
 بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشرع بخلاف الوصية لانه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها  
 عن موضعها الا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض  
 عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا أعلمت وان لم تقبض ولا  
 تجوز الهبة ولا النحل الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما قال اذا أعلمت  
 الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خبراً عن الله سبحانه  
 وتعالى يا ابن آدم تقول مالي مالي وليس لك من مالي الا ما أكلت فافيت اوليست فابليت أو تصدقت فابقيت اعتبر  
 الله سبحانه وتعالى الامضاء في الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر  
 وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصديق عقد تبرع فلا يفيد  
 الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه  
 الصغير وبه نقول لاجابة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض  
 (والثاني) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط  
 لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير اذن البائع قبل قد اتفق كان للبائع حق الاسترداد

فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحة لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطاً للصحة فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن وإن لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبهه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضاً والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فتحوان يقول اقبض أو أذن لك بالقبض أو رضيت وما جرى هذا الجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحساناً والقياس أن لا يجوز قبضة بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وإن كان باذن الواهب كالقبول في باب البيع (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل إليه ست بدنان فجعلن يزدلفن إليه فقام عليه الصلاة والسلام فحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الاذن بقبض الواهب صريحاً بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهي أن قبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهيه الواهب فيجوز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع ببيعاً جازاً بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يحجز قبضه قياساً واستحساناً حتى كان له أن يسترد في البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع (وجه) القياس أن القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير إذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان أن الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الاقدام على إيجاب الهبة اذن بالقبض لأنه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الإيجاب اذناً بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً بخلاف ما بعد الافتراق لأن الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولأن للقبض في باب الهبة شبهة بالركن فيشبهه القبول في باب البيع وإيجاب البيع يكون اذناً بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا إيجاب الهبة يكون اذناً بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الأرض أو حلية السيِّف دون السيِّف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فإن قبض بغير إذن الواهب لم يحجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الإيجاب ولم يوجد ههنا لأن الإيجاب لم يقع صحيحاً حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وإن قبض باذنه يجوز استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسداً من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جازاً وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد متصوراً على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع وكذلك اذا وهب ديناً له على إنسان لا أخرانه أن قبض الموهوب له باذن الواهب صريحاً جاز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وأن قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً فرق بين العين والدين (وجه) الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الإيجاب فهماً لدلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وإيجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لأن دلالة بواسطه دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لأنه اذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير قبض العين قابضاً للواهب أولاً ولا يصير المقبوض ملكاً له أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي



ذكرنا واهباً ملك نفسه والموهوب له قابضاً ملك الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقي  
المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن  
لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع  
الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب داراً فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز  
لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له  
أولاً ويخلي بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة  
اشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتتبع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم  
سلم فارغاً جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب  
ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لأن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار والدار تكون مشغولة  
بالمتاع لهذا افتراق فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهمهما جميعاً  
صفة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعاً لأن التسليم قد صح فيهما جميعاً فان فرق بينهما في الهبة بأن  
وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعاً  
وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظري في ذلك وروى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فلهبة في  
الدار لم تجز لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم  
هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعاً أما في المتاع فلا لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلا نه وقت التسليم  
كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الأصل أيضاً يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى  
ما في بطنها أو حيواناً واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لأنه  
لا يجوز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولاً بغيره يمنع صحة القبض ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام  
يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة رايان (وجهه) رواية عدم  
الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجهه) رواية الجواز وهي رواية  
الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لأن حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهر او هذا معنى الاستثناء  
ولو استثناء لفظاً جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين  
الاعتاق والتدبير (وجهه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول به مال الواهب فلم يجز  
كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب داراً فيها حر جالس وذالاً يمنع جواز الهبة كذا هذا  
ومنها أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس  
بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع أو شجرة اعلمها ثم دون  
التمر أو وهب الزرع دون الأرض أو التمر دون الشجرة وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لأن الموهوب متصل  
بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فنعى صحة القبض ولو جذا التمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغاً جاز لأن المانع من النفاذ  
وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهمهما جميعاً وسلم متفرقاً جاز ولو فرق بينهما في الهبة فوهم كل  
واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة  
فيهما جميعاً وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعاً قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لأن المانع من صحة القبض هنا  
الاتصال وأنه لا يختلف والمانع هناك الشغل وأنه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعاً من رجل ولم يسلم  
اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل أنه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا  
وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفاً على ظهر غنم أنه لا يجوز لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جازل وال مانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا تجوز ولورفع الحمل عنها وسلمها فارغاً جازلنا بخلاف هبة ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو هبة سمن في لبن أو دهن في سمس أوزيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه يبطل وإن سلطه على قبضه عند الولاية أو عند استخراج ذلك لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوماً لهذا المحجز بيعها فلا تجوز هبتها وهذا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطاً ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً (وجه) القياس أن القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع (وجه) الاستحسان أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها ما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبددين أو لا فالقبض إلى العبد والمالك للمولى في المقبوض لأن القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه ولأن الأصل في بنى آدم الحرية والرق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم ولا تحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبق فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فاذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لأن الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الأصل وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الأصل فهو أن يقبض بنفسه لنفسه وبشرط جوازه العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي وبشرط جوازه الولاية بالحر والعيالة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم المولى فيقبض له أبوه ثم وصى أبيه بعده ثم جده أو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصى جده بعده سواء كان الصبي في عياله هؤلاء أو لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرهم لأن هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تقويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كفاي ولاية الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه كالأخ والعلم والام ونحوهم أو أجنبياً لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فإن لم يكن أحدهم هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذارحم محرم منه قياساً واستحساناً وإنما كان كذلك لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي (وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلاً فلا يجوز قبضه كالأجنبي والقبض للصبي إذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحساناً لأنها في عياله لكن هذا إذا لم يكن أحدهم هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره (وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذا ما تئلا ن غير أن ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسدده فتثبت المناوبة بمقتضى المماثلة وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد  
استحسانا والقياس أن لا يصير قابضا ما لم يجدد القبض وهو ان يحل بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد (وجه)  
القياس ان يد المودع ان كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كانه وهب له ما في يده فلا بد من  
القبض بالتخلية (وجه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذا الهبة عقد  
تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتمثل القبضان فيتناولان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع  
والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتأثر القبضان بل  
الموجود أدنى من المستحق فلم يتناولوا ولو كان الموهوب في يده مضموبا أو مقبوضا ببيع فاسد أو مقبوضا على سوم  
الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب  
مرهونا في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة  
وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضا فيمتثلان فتاب أحدهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان  
فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة واذا احت الهبة بالقبض  
بطل الرهن ويرجع المرتن بدنه على الراهن وذلك كالحكم في الرهن انه لا يصير قابضا حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان  
قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل البراءة بالهبة ليصير قبض أمانة  
فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناولان بخلاف المضمون والمقبوض على سوم  
الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض غير ضمان فتمثل القبضان فيتناولان ولو كان  
مبيعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه  
من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلا ورأسا والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولو نحل ابنه  
الصغير شيئا جاز ويصير قابضا مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع بهلك من مال الابن لصيرورته  
قابضا للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلي لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل  
والاحسان (واما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل في ذلك أن يسوى بينهم في العطية ولا يفضل  
الذكر على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في الموارث للذكر مثل حظ الانثيين كذا  
ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوى بين ولده  
في النحلي ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما  
روى أن بشير أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلته ابني هذا غلاما كان لي فقال  
له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجمه وهذا  
إشارة الى العدل بين الأولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة  
بينهم فكانت التسوية أولى ولو نحل بعضا وحرم بعضا جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لاحق  
لاحديه لانه لا يكون عدلا سواء كان المحرم فقيها تقياً أو جاهلا فاسقا على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على  
قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدين والمتفقين دون الفسقة الفجرة

فصل ١٠ وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان  
ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض لان الهبة تمليك العين من  
غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا بنهاى ثبوت ملك غير  
لازم في الأصل وللهواه بان يرجع في هبته وانما يثبت اللزوم ويتمتع الرجوع باسباب عارضه وقال الشافعي رحمه  
الله الثابت بالهبة ملك لازم في الأصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهي هبة الوالد لولده فنقول يقع



الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله أحسب بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسألة هبة الاجنبي والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد في هبته كالعائد في قبضته والعود في التيء حرام كذا في الهبة ولأن الأصل في العقود هو لزوم والأمتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً (ولنا) الكتاب والسنة وإجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والتحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهبة بالمال (قال القائل) \* تحييتهم بيض الولاء بينهم \* لكن الثالث تفسير مراد بقريضة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء وذال لا يتصور في الأعراض والمشتراك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فماروى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فإنه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا مثل مذهبننا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً ولأن العوض المألى قد يكون مقصوداً من هبة الاجنبي فان الإنسان قديمه من الاجنبي احساناً اليه وانعاماً عليه وقديمه له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعاً قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروف فاكافوه فان لم تجدوا ما تكافؤنه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافؤتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وتهادى تفاعدوا من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لأنه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط الزوم كما في البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما يهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفى الحل من حيث المروعة والخلف لأن من حيث الحكم لأن نفى الحل محتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروعة والخلف ان تزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لأن من حيث الحكم اذا كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروعة وطبيعة لا شريعة لا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقرئ ثم يعود في قبضته وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهب الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه سماه رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ما ذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لأن الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لأنه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لأنها ليست

بموهوبة لا نعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب بأي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدد حقيقة جعل متجدداً تقديرأ في حق المحل حتى يرد الوارث بالبيع ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف المملكان واختلاف المملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين أخرى فكذا اذا أوجبه ملكا لم يكن له ان يفسخ ملكا آخر بخلاف ما اذا وهب لغير رجل هبة فقبضها العبدان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لان الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالقولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول أو يملكها ملكا مبتدأ فعتد أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها ملكا مبتدأ فاختلف الملك فنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكا مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبي يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكا مبتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلو إيمان كانت متصلة بالأصل وإما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالأصل فانها تمتع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو لا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت أو دار أقبنى فيها أو أرضاً ففرس فيها غرساً أو نصب دولا بأو غير ذلك مما يستق به وهو مثبت في الارض مبنى عليها على وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلا كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصبعه بعصفر أو زعفران أو قطعة قميصاً وخطه أوجبة وحشاه أو قباء لانه لا سبيل الى الرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل الى الرجوع في الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزد الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمتع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد والبن والتمر أو غير متولدة كالارث والعرق والكسب والغلة لان هذه الزيادة لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد في الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه تمتع الردي بالعيب لان المانع هناك هو الراد بالانه يبقى الولد بعد رد الام بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابل به عوض وهذا تفسير الراد بمعنى الراد بالالهبة لان جريان الراد يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا تمتع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هي رغبة تحبها الله تعالى في القلوب فلا تمتع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمتع الردي بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا تمتع الرجوع لان ذلك رجوع في بعض الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكاله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون ومنها العوض لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

ما لم يشب منها أى ما لم يعوض ولأن التعويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد  
 حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو أكثر لما روي ان الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان  
 متأخر عن العقد ومشروط في العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين - أحدهما في بيان  
 شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً والثاني في بيان ماهية هذا التعويض أما الاول فله  
 شرائط ثلاثة الاول مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض  
 من هبتك أو يدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نخلتلك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو  
 جازيتك أو أتيتك وما يجرى هذا الجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى  
 لو وهب لانسان شيئا وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له أيضاً وهب شيئاً للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك  
 ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يجعل الباقي  
 مقابلاً بالاول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في  
 العقد مملو كاذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وان عوضه ببعض  
 الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لان التعويض ببعض الموهوب  
 لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان ذلك مقصوده لاسمكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل  
 تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون  
 عوضاً عن الباقي لانه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصالح عوضاً هذا اذا وهب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد فاما  
 اذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضاً وقال أبو  
 يوسف لا يكون عوضاً (وجه) قول أبي يوسف ان حق الرجوع ثابت في غير ما عوض لانه موهوب وحق الرجوع  
 في الهبة ثابت شرعاً فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعاً فلا يقع موقع العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل  
 بعضه عوضاً عن الباقي انه يجوز وكان مكاناً عوضاً لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه)  
 قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لانه يجوز أن يكون مقصود الواهب  
 من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيئاً ثم يبدله الرجوع فصار الموهوب باحد العقدين بمنزلة عين  
 أخرى بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد لان بعض الموهوب لا يكون  
 مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيئاً ليسلم له بعضه عوضاً عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعاً نعم لكن  
 الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يتمتع وقوعه عن جهة أخرى كالمو باعه منه ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشئ  
 فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصليين (اما) على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله  
 فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى  
 (واما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلا ان الصدقة لا تثبت فيها حق الرجوع فوقع موقع العوض والثالث  
 سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان  
 التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلاً فله أن يرجع ان كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزد خيراً ولم يحدث فيه  
 ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك أو استهلك الموهوب لم يضمنه كالمو هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد  
 خيراً لم يضمن كما قبل التعويض وان استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب وان شاء  
 رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب ان كان قائماً في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا  
 الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله ان معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً  
 فكما ان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له أن



يرجع في بعض العوض فكذا اذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة  
(ولنا) ان الباقي يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الا به في الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع  
فكذا في الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان الواهب أن يردده يرجع في الهبة لان الموهوب له غيره حيث  
عوضه لا سقط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه  
لزم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليستحق حق الرجوع في الهبة  
فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصارك صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو  
استحق نصف الموهوب فلموهوب له أن يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما  
جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص  
في السعر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا روى عن محمد في الاملاء  
وانما لم يمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لانه تبين انه قبضه بغير حق فصارك المقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ  
في الزوائد وان قال الموهوب له ارم ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطاً في  
العقد بل هرم تأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لا سقط الرجوع وقد حصل له  
سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض فان كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض  
بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة  
العوض كذا ذكر في الاصل من غير خلاف وهو احدى روايتي شرع عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله  
وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه لا يضمن شيئاً وهو قول أبي يوسف (وجه) رواية  
الاصل ان القبض في العوض ما وقع بمجاناة وانما وقع بمطالعة الرجوع في الاول فان لم يسلم المقصود منه بقي القبض  
مضموناً فكما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع بقيمته اذ اهلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد  
في حكم الهبة مبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان  
الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما  
بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة فاذا بطل العوض يرجع في الهبة واذا  
بطلت الهبة يرجع في العوض لان بالاستحقة تبين ان الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل  
الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بخلاف من أصحاً بنا يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما  
تبطل به الهبة لا يحالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية (فاما)  
فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتلك العين للحال ولهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليستحق حق الرجوع  
عن نفسه في الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مستقطعة لحق الرجوع في الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عينا  
فاحتشام يكن له أن يردده ويرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عينا لم يكن له أن يرد العوض ويرجع  
في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطاً في العقد لم يكن عوضاً على الحقيقة بل  
كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل  
واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (أما) الواهب فلانه قد سلم له الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما)  
الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه  
الصلاة والسلام الواهب احق به منه ما لم يثبت منها وسواء عوضه الموهوب له أو اجني بأمر الموهوب له أو بغير أمره  
لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب  
فانما لم يرجع في هبته لان الاجني انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها (وأما) المعوض فانه لا يرجع على الواهب لأن مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (أما) اذا كان بغير أمره فلا تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (وأما) اذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضا الا اذا قال له عوض عني على اني ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الأمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة عيني أو أدر كافي ففعل لا يرجع بذلك على الأمر الا ان يقول له على اني ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا أمره بغيره بقضاء الدين ففعله انه يرجع على الأمر وان لم يقبل على اني ضامن نصا لأن قضاء الدين مضمون على الأمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة ما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (وأما) العوض المشروط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع ورعا غير وان هبة ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقدي بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط قبضة القبض ولا يملك الرجوع (وجه) قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تمليك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الوالد فيما يبطل ولده احتيج عار ويناعن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما يبطل ولده وهذا نص في الباب (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي لم يعوض وصلة الرحم معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة قد دخل تحت النص وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا للتصوره بصورة الرجوع كما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فساءل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن سماه عودا للتصوره بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحق فيسأله في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكره وهذا

المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحق عن المضايقة في الثمن لاستيفاء الثمن لمبايعة بينهما عادة فلم يكره  
 الشراء حملناه على هذا توافقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى  
 الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض وكذا اذا وهب لذي محرم لا رحمه له لانعدام معنى الصلة أصلا  
 ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبيا (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا (واما)  
 ان كان المولى والعبد جميعا ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبيا فله أن  
 يرجع بلا خلاف بين أئمتنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى  
 العلة فانعدم معنى العوض أصلا وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا اختلفوا فيه قال أبو حنيفة  
 رضى الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بحصول  
 الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لو وقع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار  
 كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن الملك  
 لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الاثبات  
 للعبد فاقم مقامه واذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة  
 لكن الهبة وقعت للمولى من وجهه وللعبد من وجهه لان الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين  
 فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم محرم فان كانا جميعا ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر  
 الصكرخى عن محمدان قياس قول أبي حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع  
 له وقرابة المولى أيضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل في الهبة والا متناع معارض المسقط  
 ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني انه ليس له أن يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما أن  
 يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر  
 ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم  
 وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيئا وهو ذورحم محرم من الواهب أو مولاه ذورحم محرم من الواهب انه ان  
 أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها ان كان أجنبيا يرجع وان كان قريبا لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر  
 ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبيا وان كان قريبا لا يرجع كذا هذا وان  
 عجز ورد في الرق فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر بحال المولى في القرابة وعدمها ان كان أجنبيا فلو وهب أن  
 يرجع وان كان قريبا فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أوجبت ملكا موقوفا على المكاتب وعلى مولاه على  
 معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد في الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده  
 كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع في الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب  
 من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثاني الزوجية فلا يرجع  
 كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها  
 التوارث في جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها  
 الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة  
 ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعده الله تعالى وان لم يكن  
 عوضا في الحقيقة اذا العبد لا يستحق على مولاه عوضا ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان  
 التصديق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع الا انهم استحسنوا وقالوا ليس له  
 ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تحب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في



يده في الصدقة عليه ثواب وإذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فإذا أتى بلفظة الصدقة دل أنه أراد به الثواب وأنه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوع فنقول لا يمنع الرجوع في الهبة قللوا هب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً وإن كان محتملاً للقسمة بأن وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذلك لو بيع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقلة أنها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والشياع يخل في القبض الممكن من التصرف والرجوع ففسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعاً من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أصحابنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذلك اتفق تحتها على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض وكذلك وهب لسان شياً ووهبه الموهوب له لا آخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفرانه هبة مبتدأة (وجه) قوله أن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عتداً جديداً في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكره محمد في كتاب الهبة أن الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة. (ولنا) أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي والدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ أن الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث لأنه لا حق للمشتري في الفسخ وإنما حتمه في صفة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (وأما) ما ذكره محمد من أصحابنا من التزم وقال هذا يدل على أن الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسئلة روايتان (ومنها) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لسكون المريض متهماً في الرد في حق ورثته فكان فسخاً فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالأقالة فانها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وإن لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولو كان الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذلك الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلأن الموجود لفظ الهبة لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول إلا بالقبض بخلاف ما إذا تراضيا على الرجوع أن الواهب يملكه بدون القبض لأن اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لأن الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

**فصل** وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ إما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي على ما بينا وإذا انفسخ العقد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة إلى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

### ﴿كتاب الرهن﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه رهونا وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك على من الدين أو يقول هذا الشيء رهنيك وما يجري هذا الجري ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجري مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئا بدينارهم ودفع إلى البائع ثوبا وقال له أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأشياء بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع إلى الموهون وبعضها يرجع إلى الموهون به (أما) الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا إلى وقت لأن في الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء فيشبه البيع وأنه لا يحتمل التعليق بشرط ولا ضافة إلى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فعلمهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من الجنون والصبي الذي لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لأن ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولأن الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان والتخصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكتبوهما نعلمت فيهم خيرا (وأما) الذي يرجع إلى الموهون فأشياء (منها) أن يكون محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا معلوما متقدورا للتسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تدر أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لا لعدم ماليتهما ولا رهن صيد الحرم ولا حرام لأنه ميتة ولا رهن الحر لأنه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمذبر المطلق والمكاتب لأنهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلما لا لعدم مالية الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لأن الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاءه إلا أن الراهن إذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لأن الرهن إذا لم يصبح كانت الخمر بمنزلة المعصوب في يد المسلم وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب وإذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهاهما منهم لأن ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخمر والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والخطب والحشيش ونحوها لأنها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية كالاب والوصي برهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لأن الرهن لا يخلو (أما) أن يجري مجرى الايداع (وأما) أن يجري مجرى المبادلة والاب يلى كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الاب هلك بالاقبل من قيمته ومما رهن به لأن الرهن وقع صحيحا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

له أن يسترده قبل قضاء القاضى لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه واقتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين إذ لا يمكنه الوصول إلى ماله إلا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعير قضى دين المستعير واقتك الرهن أنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى في جميع ما ذكرنا حكم الاب وانما يفتقران في فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك يهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك فيهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدق الولد بعد الادراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشك لأنه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خيره في الرهن لأنه يهلك أبدا بالاقبل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجز وكذلك يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ايفاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من أن يقضى دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفي أى مكان كان ومن أى انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سمي قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسانا تقيده حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقبل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقيده مفيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أسير من بعض فكان التقيده بالجنس مفيدا وكذلك اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجز له أن يرهنه بالبصرة لان التقيده بمكان دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور وكذلك اذا أذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف في شيء مما ذكرناه فوضا من قيمته اذا هلك لأنه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لان الرهن لم يصح فبقى المرهون في يده بمنزلة المعصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الا فتكالك فان فعل ضمن لأنه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برى من الضمان حين رهن ذكره في الاصل لأنه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان كالودع اذا عاد إلى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها خالف ثم عاد إلى الوفاق أنه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير لا انتفاع ليست يده يد المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود إلى الوفاق رادا للمالك إلى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد إلى الوفاق فقد رد المال إلى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لأنه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك في يده بعد ما اقتضه من المرتهن لأنه لا فتكالك من يد المرتهن عادية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن يعنى المستعير قبض الرهن من المرتهن أحد اقتبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده



والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذي أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذ الرهن قضاء الدين ويتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده ودعة لا نسان فقضى دين نفسه بمال الودعة باذن صاحبها فاقضى يكون مضموناً عليه ولم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكاك المالك لا يكون متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان يملك الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعاً فيها حتى لو كان المستعير رهن بالدين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ما ذكر الكرخي يرجع عليه بألف (وجهه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعاً فيها (وجهه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذي رهن به لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا يفكك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطراً في قضاء الكل فكان مأذوناً فيه من قبل الراهن دلالة كأنه وكله قضاء دينه فقضاء المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمنع من قبض الدين من المعير ويحبر على القبض ويسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخاخص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون المرتهن ولاية لا امتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقدهلك الرهن فقلل المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما أفسكته فالقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والا صل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وما هيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركناً كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلا ناشياً فرهنه ولم يقبضه بحث عندنا وعندنا لا يثبت كما في الهبة والصحيح قولنا القول الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذلك القبض مقرراً وبذلك الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً لصيانته بخبره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقداً على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد أدخله في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقداً على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل رضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعاه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الاجنبي سواء ولو رهن رهنًا وسلط عدلاً على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تنقح صحته على القبض فصيح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعاً وساطه على بيعه فالرهن باطل  
والوكالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلاً في الامسالك وعدلاً في البيع جاز لان كل واحد منهما امر مقصود فيصح  
افراده بالتوكيل (وأما بيان شرائط صحته فأشنع منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا في الهبة ان الاذن بالقبض شرط  
صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطاً فيما لا صحة له بدون القبض أولى ولان القبض في هذا الباب  
يشبه الركن كما في الهبة فيشبهه القبول وذال يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجري  
مجرى النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو قبض وما يجري هذا المجرى فيجوز قبضه  
سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحساناً وقياساً قول زفر في الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن  
يقبض المرتهن بحضور الراهن فيسكت ولا ينهيه فيصح قبضه استحساناً وقياساً قول زفر في الهبة ان لا يصح كما  
لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل  
أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وأنه شرط لصحة الرهن (وجهه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة  
الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون  
الاذن فكان الاقدام على ايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم  
يوجد الاذن هناك نصاً ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل  
القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيئاً متصلاً بما لم يقع عليه الرهن كالثمن المعلق على الشجر ونحوه مما  
لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل  
والقبض في المجلس أو في غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحاً فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه  
فالقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحيابة  
عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجهه) قوله ان الشياع  
لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع  
المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما ذكرنا والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وأنه ممكن في النصف  
الشائع بتخيلة الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه  
وسواء كان مشاعاً يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعاً بخلاف الهبة فان  
الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وأنه  
يخص المقتسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارناً للعقد أو طراً عليه  
في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا  
رهن شيئاً وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء محتملاً أو متفرقاً ببيع نصفه شائعاً أو استحق بعض الرهن  
شائعاً (وجهه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا فرق  
الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالأبادة الطارئة والابق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيابة شرطاً  
في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجهه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوع مانعاً  
عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلاً  
عبدان دين له عليهما رهناً واحداً جاز وكان كل رهناً بكل الدين حتى ان المرتهن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين واذا  
قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد بأكليه من الدين لا نصفه  
وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن  
فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقداً هما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار لكل العبد

رهنا بكل الدين ولا استحالة في ذلك لان الرهن حبس وليس يتمتع أن يكون العبد الواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن  
 هذا رهن الشائع فجاز وليس لاحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد اذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين  
 فابقى شئ من الدين بقى استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شرى كان فيه أولا شركة  
 بينهما جاز واذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئا من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما  
 وكل العبد يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على  
 أصل أنى حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة عليك وعليك شئ واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال  
 محال والعاقلة لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشئ الواحد محبوسا بكل واحد من  
 الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا لا بحصته حتى  
 لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيستقط من كل واحد منهما بقدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا  
 الدين من ماله الرهن وانه لا يفي لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيستقط من كل  
 واحد منهما بقدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل شيئا فأدى أحدهما حصته من الثمن لم  
 يكن له أن يقبض شيئا من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفي ما على الآخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن  
 فابقى جزء من الثمن بقى استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز  
 لا نعدام الشيوع وعلى هذا الأصل تخرج زيادة الدين على الرهن انها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة  
 الكلام في الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهي نماء أو كالمولد واللبن والتمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن  
 أو في حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء كالارش والعقرو زيادة الرهن على أصل الرهن  
 كما اذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبدا أو غير ذلك رهنا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما اذا رهن بالدين  
 جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما اذا رهن عبدا بألف ثم ان الراهن  
 استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا (واما) زيادة الرهن فرهونة عندنا على  
 معنى انه ثبت حكم الاصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعي رحمه الله ليست برهونة  
 أصلا والمسئلة تأتي في بيان حكم الرهن ان شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن ف جائزة استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو  
 قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثلن وقد مررت المسئلة في كتاب البيوع (واما) زيادة الرهن  
 على نماء الرهن بعد هلاك الاصل فهي موقوفة ان بقى الولد الى وقت الفك كجاءت الزيادة وان هلك لم تجز لانها اذا  
 هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (واما) زيادة الدين على الرهن فهي على  
 الاختلاف الذي ذكرناه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف جائزة (وجه) قوله ان الدين في باب الرهن  
 كالثمن في باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة في الثمن  
 والمثلن جميعا فكذلك هنا تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعا والجامع بين البابين ان الزيادة عندنا لتتحقق بأصل العقد  
 كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عيدين ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قولهما ان  
 هذه الزيادة لو صحت لا وجبت الشيوخ في الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو صحت لصار بعض العبد  
 بمقتلها فلا يخلو (اما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولا بالاول (واما) أن يرفع من الاول ويصير  
 مشغولا بالزيادة لا سبيل الى الاول لان المشغول بشئ لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل الى الثاني لانه رهن بعض  
 العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما اذا رهن عبدا واحدا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف  
 زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدي الى شيوع الرهن بل الى شيوع الدين لان قبل الزيادة  
 كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فيرجع



الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع في الدين لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا  
 بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يحجز لذلك افترق حكم الزادتين ولو رهن مشاعا قسم وسلم جاز لان  
 العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فاذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون  
 المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها  
 من المتاع أو رهن جوادا دون ما فيه وسلم الجواد أو سلمه مع ما فيه لم يحجز لان معنى القبض هو التخلية الممكنة من  
 التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد  
 لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيه اذن الدار وخلى بينه وبين الدار جاز  
 بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض  
 المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز  
 الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم  
 الآخر فان جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا  
 بالدار (وأما) في الدار فلا مانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يحجز  
 الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فان هناك راعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تحجز الهبة  
 في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع حازت الهبة فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا نه غير مشغول بالدار  
 (وأما) في الدار فلا نه وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار  
 مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا او راها و المرتن في جوف الدار فقال الراهن  
 سلمتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد  
 من تسليم جديد بعد انطراح منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى  
 المرتن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا  
 بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع الذي في الدار بدون الدار ولو رهن سر جاعلي دابة  
 أو لحام في رأسها أو رسنا في رأسها فدفعت اليه الدابة مع التجام والسر والرس لم يكن رهنا حتى ينزع من رأس الدابة ثم  
 يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا في الدار لان السر ج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كالأصبع رهن  
 الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبع للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سر ج أو لحام دخل ذلك في  
 الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو بهيمة واستثنى ما في بطنها انه لا يحوز  
 الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلا نه لوجاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلا نه استثناء  
 ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشرط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جاريته  
 ثم رهن الام أو دبر ما في بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مر الكلام في الهبة ومنها ان يكون  
 المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده  
 غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبهه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء  
 أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يحوز  
 سواء سلم المرهون بتخلية الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جدد الثمر  
 وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم  
 متفرقا جاز وان فرق الصفقة بأن رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما في التسليم جاز الرهن  
 فيهما جميعا وان فرق لا يحوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف

فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وأنه لا يختلف والمانع من صحة القبض في الفصل الأول هو الشغل وأنه يختلف مثال هذا إذا رهن نصف داره مشاعاً من رجل ولم يسلم إليه حتى رهنه النصف الباقي وسلم الكل أنه يجوز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا إذا رهن صوفاً على ظهر غنم بدون الغنم أنه لا يجوز لأن المرهون متصل بما ليس برهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جوزه وسلمه جازلان المانع قد زال وعلى هذا أيضاً إذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغه جازلاً قلنا بخلاف ما إذا رهن مافي بطن جارية أو مافي بطن غنم أو مافي ضرعها أو رهن سمنافى لبن أو دهنافى سمسماً أو زيتافى زيتون أو دقيقا فى حنطة أنه يبطل وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لأن العقد هناك لم ينقد أصلاً لعدم الحبل لكونه مضافاً إلى المعدوم ولهذا لم ينقد البيع المضاف إليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منعقد موقوف فهاذه على صحة التسليم بالفصل والتمييز فإذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر برأضعه من الأرض جازلاً لا قبضه يمكن ولو رهن شجرة أوفيه ثم لم يسلمه فى الرهن دخل فى الرهن بخلاف البيع أنه لا يدخل الثمر فى بيع الشجر من غير تسمية لأنه قصد تصحيح الرهن ولا حجة له بدون القبض ولا حجة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيح حاله بخلاف البيع فإنه يصح فى الشجر بدون الثمر ولا ضرورة إلى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئاً دخل فيه كل ما كان متصلاً به من البناء والغرس لأن ذلك يدخل فى البيع مع أن القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل فى الرهن أولى إلا أنه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع أنه لا يدخل فى رهن الدار ويدخل الثمر فى رهن الشجر لأن الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر إلى الباقي أن كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداءً لا يفسد الرهن فيه وإن كان مما لا يجوز رهنه ابتداءً ففسد الرهن فى الكل لأنه لما استحق بعضه تبين أن العقد لم يصح فى القدر المستحق وأنه لم يقع الأعلى الباقي فكان رهن هذا القدر ابتداءً فينظر فيه أن كان محلاً لا ابتداءً الرهن يبقى الرهن فيه ولا يفسد فى الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداءً إلا أنه إذا بقي الرهن فيه يبقى بحصته حتى لو هلك الباقي هلك بحصته من الدين وإن كان فى قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين وإذا رهن الباقي ابتداءً وفيه وفاء بالدين فهلك بهلك بجميع الدين وإن شئت أن تجعل الحيازة شرطاً مفرداً وخرجت المشاع على هذا الأصل لأنه مرهون متصل بما ليس برهون حقيقة فكان تحرجه عليه مستقيماً فافهم ومنها أهلية القبض وهى العقل لأنه ثبت به أهلية الركن وهو الإيجاب والقبول فلان ثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتقاء الموانع وأنه يحصل بتخليه الراهن بين المرهون والمرتهن فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يشترط معه النقل والتحويل فلم يوجد لا يصير قابضاً وجه هذه الرواية أن القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فمرهان مقبوضة ومطلق القبض ينصرف إلى القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك إلا بالنقل فاما التخلي فقبض حكماً لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض فى العرف والشرع أما العرف فإن القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الأرض أو هذه القرية أو هذه الولاية فى يد فلان فلا يفهم منه إلا التخلي وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فإن التخلي فى باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشرعية فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فتقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصلية ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الاصلية فهو أن يقبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فتوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الذى يرجع إلى القابض فتحقق قبض الاب والوصى عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لأن نفس القبض مما يحتمل النيباء ولأن قبض الرهن قبض  
استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيباء وأما الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن المرهون إذا كان مقبوضاً  
عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالأصل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة أن القبضين إذا تجانسا تاب  
أحدهما عن الآخر وإذا اختلفا تاب الأعلى عن الأدنى وقد بينا فقه هذا الأصل وفروعه فيما تقدم وإن شئت  
عددت الحيازة والفراغ والتمييز من شرائط نفس العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد أن يكون المرهون محوزاً عندنا  
وبنيت المشاع عليه وإن شئت قلت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه  
المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرها ن مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى أن المرهون  
مقبوض فيقتضي كونه مقبوضاً مادام مرهوناً لأن أخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيوع يمنع دوام القبض  
فيمنع صحة الرهن والثاني أن الله تبارك وتعالى سماه رهناً وكذا يسمى رهناً في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في  
اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي حبسية بكسبها فيقتضي أن يكون محبوساً مادام مرهوناً  
والشيوع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لأن الشيوع يمنع ادامة  
القبض فيهما جميعاً وسواء كان الشيوع مقارناً أو طارئاً في ظاهر الرواية لأن كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان  
الرهن من أجنبي أو من شريك لأنه لو جاز لا مسكه الشريك يوماً بحكم الملك ويوماً بحكم الرهن فتختلف جهة القبض  
والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كأنه رهنه يوماً ويوماً لا يجوز وعلى هذا أيضاً  
يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لأن اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وأنه شرط جواز  
الرهن ومنها أن يكون فارغاً ما ليس بمرهون ومنها أن يكون منفصلاً مما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد  
منهما مسائل التي ذكرنا فافهم (وأما) الذي يرجع إلى المرهون به فأنواع منها أن يكون مضموناً والكلام في هذا الشرط  
يقع في موضعين أحدهما في أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون أما الأول فاصل الضمان هو كون  
المرهون به مضموناً شرط جواز الرهن لأن المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عندهلاكه أو بمعنى  
استيفاء الواجب ولسنا نعي بالمضمون سوى أن يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نوعان دين وعين أما  
الدين فيجوز الرهن به بأي سبب وجب من الأتلاف والقصب والبيع ونحوها لأن الديون كلها واجبة على اختلاف  
أسباب وجوبها فكان الرهن به رهناً بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله  
كرأس مال السلم وبذل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه  
قوله أن سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى أن عين الدين تصير بدلاً عن الدين لا بطريق  
الاستيفاء لأن الاستيفاء لا يتحقق إلا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول  
بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين أن يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه  
الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) أن السقوط بطريق الاستيفاء نذكر في حكم الرهن أن شاء  
الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعي المجانسة قلنا المجانسة ثابتة من وجه لأن الاستيفاء  
يقع بمالية الرهن لا بصورته والأموال كلها فيما يرجع إلى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من  
حيث الصورة ويكتفي بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في أتلاف ما لا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب  
الرهن لحاجة الناس إلى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فمكن القول بالاستيفاء وإذا جاز الرهن بهذه الديون فإن هلك  
الرهن في المجلس ثم الصرف والسلم لأنه صار مستوفياً عين حقه في المجلس لا مستبدلاً وإن لم يملك حتى افتراق بطلا  
لقوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فتقول لا خلاف في أنه لا يجوز الرهن بالعين التي هي  
أمانة في يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فإنها ليست بمضمونة أصلاً



وأما العين المضمونة فتتبع نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عندها كما كان له مثل وقيمتها إن لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبذل الخلع في يد المرأة وبذل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف في أنه يجوز الرهن به وللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يسترد العين فإن هلك المرهون في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للرهن سلم العين إلى المرتهن وخدمته الأقل من قيمة الرهن ومن الدين لأن المرهون عندنا مضمون بذلك فإذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن فإن هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بهارهن بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالأقل من قيمته وقيمة العين لأن قيمة العين بدلها وبذل الشيء قائم مقامه كأنه هو وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمتبع في يد البائع ليس هو مضمون بنفسه ألا ترى أنه لو هلك في يده لا يضمن شيئا بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشتري إذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكرك في كتاب الصرف أنه يجوز وله أن يحبس حتى يقبض المبيع وإن هلك في يده قبل القبض يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضا للمبيع بهلا كونه أن يقبض المبيع إذا أو في ثمنه وعليه أيضا ضمان الأقل يهلك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لأن هلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لأنه وإن هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح الرهن وبه أخذ السرخسي وجه رواية الحسن أن قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لأن المشتري لا يصير مستوفيا شيئا يهلك الرهن إنما يسقط عنه الثمن لا غير (وجه) ظاهر الرواية أن الاستيفاء هنا يحصل من حيث المعنى لأن المبيع قبل القبض ان لم يكن مضمونا بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألا ترى أنه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفيا مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيئا بدراهم بعينها فاعطى بهارهن لم يجز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على أن الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وإن عينت فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن المعين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضمونا فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شيء ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز الرهن بالبعد الجاني والبعيد المديون لأنه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن مضمونا أصلا فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النأحة والمغنية بأن استأجر مغنية أو نأحة وأعطاهما بالاجرة رهنا لأن الاجرة لم تصبح فلم تجب الاجرة فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولو دفع إلى رجل رهنا ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضمونا بالأقل من قيمته ومما سمي من القرض وإن حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون لأنه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقته في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثاني) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضمونا في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضمونا في الثاني كالرهن بالدرك بأن باع شيئا وقبض الثمن وسلم المبيع إلى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك أو لم يوجد وكذا الرهن بما ثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فإن الكفالة بما يصير مضمونا في

الثاني جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه الحال ولا شيء للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايقاع والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعى مضمونا الا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهنا ليقرضه ان الرهن يكون مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء بمقتضى المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد رهنا ولو قال لا خرضمنت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجوز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان في المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هنالك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدم فلان فكان عدم ما قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وبحت الكفالة لانها لا تستدعى مضمونا في الحال بل في الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهرا أو باطنا أو كونه مضمونا من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن ذكر محمد في الجامع ما يدل على ان كونه مضمونا في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضمونا حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل الفأ وهي قرض عليه فجدد المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسة أضعافه بارهنا يساوي خمسة ثم تصادق على ان ذلك المال كان باطلا وان لم يكن للمدعى عليه شيء ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسة لان الدين كان ثابتا على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى أنهم لو اختصما الى القاضي قبل أن يتصادقا ان القاضي يحير المدعى عليه على ايفاء الخمسة فكان هذا رهنا بما هو مضمون ظاهر افيصح يدل عليه أن الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلان يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبي يوسف انه لا يضمن شيئا لهما لما تصادق على أنه لم يكن عليه شيء تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر في الجامع اذا اشترى من رجل عبدا بالف درهم وقبض العبد وأعطاه بالالف رهنا يساوي الفاهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده هلك مضمونا لان الالف كانت مضمونة على الراهن ظاهرا فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم أو اشترى دنا من خيل وأعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة وانحل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبدا انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهنا ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضمونا بالقل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف ينبغي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالا على مال واخذ رب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادق على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهنا بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبي يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء على هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لان استيفاء من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضا يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بنفسه فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن  
**فصل** وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق  
بالحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس  
المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكك وكون  
المرتبه أحق بحبس المرهون على سبيل الزوم الى وقت الفكك والعبارات متفقة المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني)  
اختصاص المرتبه ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذا الحان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم  
المرهون عند الافتكك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الاصل للرهن واحد وهو كون المرتبه أحق ببيع المرهون  
وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيئا يمكن  
الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتبه فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان  
شيئا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احتج بما روى عن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له  
غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يغلق أى لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم وكذا  
أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التملك وسماه صاحباً له على لا طلاق فيقتضى أن يكون هو  
المالك للرهن مطلقاً رقبته وانتفاعاً وحبساً ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد  
معنى الوثيقة لانه يكون في يده دائماً وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهيناً للدين لا توثيقاً له ولان فيما قلتم تعطيل العين  
المنتفع بها في نفسها من الانتفاع لان المرتبه لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلاً والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان  
تعطيلاً والتعطيل تسبب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نقاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا)  
قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى بكون الرهن مقبوضاً وأخبره سبحانه  
وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهوناً ولان الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله  
عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أى حبس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهوناً ولو لم يثبت ملك  
الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهوناً ولان الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهناً  
وأنهى بني عن الحبس لغة كان مادلاً عليه اللفظ لغة حكماً له شرعاً لان الاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ  
الطلاق والعناق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق  
للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنعه عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء  
الدين في أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن نواء حقه بالوجود والانكار على ما عرف ولا حجة له في الحديث  
لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أى ملك بالدين  
وهذا كان حكماً جاهلياً فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذي رهنه تفسير  
لقوله لا يغلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى ثقته وكنفه وقوله ان ما شرع  
له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطريقتين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء  
ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فالهلاك ليس  
يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسبب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير  
الراهن موفياً دينه في حق الحبس والمرتبه يصير مستوفياً في حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا  
عرف حكم الرهن في حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل  
المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفية أمال الذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق



ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداً ما وركو باوليساً وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان أجاز جاز لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضى بطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهناً سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهناً أولاً في جواب ظاهر الرهن وروى عن أئى يوسف أنه لا يكون رهناً إلا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالمبيع لأنه اذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهوناً فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلاً (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال حقه بالمبيع لانه زال الى خلف والزائل الى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الاصل وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه لانه يقوم مقام ما كان مقبوضاً وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهناً وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤاخره من أجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجازة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له ولا ية قبض الاجرة له أيضاً لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهناً لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلهامرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهوناً وكذلك لو آجره من المرتهن تحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض للاجارة (أما) حصة الاجارة وبطلان الرهن فلماذا كرنا (وأما) الحاجة الى تجديد القبض فلان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضاءها يملك أمانة ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته لانه صار غاصباً بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعاره وسلم للمرتهن أن يبطل الاعارة ويعيده رهناً وان أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما اذا آجره فجاز المرتهن أو آجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم لا ترى ان أحد العاقلين لا يتفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد في أى وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبد ليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوباً ليس له أن يلبسه وان كان داراً ليس له أن يسكنها وان كان مصحفاً ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لملك الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصباً وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تملك العين فلا يملك المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان أجاز جاز وكان الثمن رهناً وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهناً سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون ديناً والثمن ديناً في ذمة المشتري فكيف يصلح رهناً (والجواب) أن الدين يصلح رهناً في حال البقاء وان كان لا يصلح ابتداءً لانه في حالة البقاء بدل المرهون وبطل المرهون مرهون لانه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهناً كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الاجازة لم يحجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن

المشتري لأن كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فإن ضمن المرتهن جاز البيع والتمن  
 للمرتهن وكان الضمان رهنا لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لأنه بدل ملكه والضمان  
 يكون رهنا لأنه بدل المهرن فيكون رهونا وقيل أنما يجوز البيع بتضمين المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولا  
 ثم باعه منه فأما إذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لأن سبب ثبوت الملك هو التسليم لأنه سبب وجوب الضمان وملك  
 المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما إذا باع مال غيره بغير إذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز  
 بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع لأن بتضمين المشتري لم يتبين أن  
 المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المهرن ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأن البيع لم يصح وليس  
 له أن يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير إذن الراهن لأن الهبة والتصدق تملك العين والثابت  
 للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فإن فعل وقف على اجازة الراهن أن أجاز جاز وبطل  
 الرهن وإن در عادرهنا كما كان ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار أن شاء ضمن  
 المرتهن وإن شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن  
 فلا شك فيه لأنه ملك المهرن بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق  
 عليه فلا الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له أن  
 يؤجره من غير الراهن بغير إذنه لأن الاجارة تملك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من  
 غيره فإن فعل وقف على اجازة الراهن فإن أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الاجارة للراهن ولا تكون  
 رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لأن القبض من حقوق العقد والعاقبة هو المرتهن ولا يعود رهنا إذا انقضت مدة  
 الاجارة لأن العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وإن رد بطل وأعاد رهنا كما كان ولو أجره بغير إذن الراهن وسلمه  
 إلى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار أن شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر وإن شاء ضمن  
 المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه إن ضمن المرتهن لا يرجع  
 بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر المستوفي من المنافع إلى وقت الهلاك لأنه ملكه بالضمان فتبين  
 أنه أجر ملك نفسه فصحيح وكانت الاجارة له لأنها بدل منفعة مملوكة له الا أنها لا تطيب له وإن ضمن المستأجر  
 فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لأنه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة  
 ولا أجره عليه لأن الاجارة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عادرهنا كما كان لأنه لما استرده فقد عاد  
 إلى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له  
 كالتغاصب إذا أجر المعضوب وليس له أن يغير الرهن من غير الراهن بغير إذنه لما ذكرنا في الاجارة فإن أعاره  
 وسلمه إلى المستعير فللراهن أن يبطل الاعارة فإن هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار أن شاء ضمن المرتهن وإن شاء  
 ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فسلانه  
 ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه (وأما) المستعير فلا الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون  
 الضمان رهنا فلا لأنه بدل المهرن فيكون رهونا وإن سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لأنه عاد إلى الوفاق  
 فالتحق بالخلاف فيه بالعدم ولو أعاره باذن الراهن أو بغير إذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما  
 نذكر بخلاف الاجارة فانه تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير إذن الراهن لأنه لم يرض بحبس غيره فإن  
 فعل فالراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني ويبيده إلى يد المرتهن الأول لأن الرهن الثاني لم يصح فلو هلك في يد المرتهن  
 الثاني قبل الاعادة إلى الأول فالراهن الأول بالخيار أن شاء ضمن المرتهن الأول وإن شاء ضمن المرتهن الثاني فإن ضمن  
 المرتهن الأول جاز الرهن الثاني لأنه ملكه المرتهن الأول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن

الثاني يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن وبدينه (أما) الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه (وأما) الرجوع بدينه فلان الرهن الثاني لم يصح فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الاول (أما) جواز الرهن الثاني فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند أجنبي ليس في عياله لان الراهن لم يرض الا بيده أو بيد من يده في معنى يده ويد الأجنبي الذي ليس في عياله ليست في معنى يده فان فعل وهلك في يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالابداع وله أن يدفعه الى من هو في عياله كزوجته وخادمه وأجيريه الذي يتصرف في ماله لان يدهؤلا كيدته لا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده والاصل في هذا أن للمرتهن أن يفعل في الرهن ما يبعد حفظه وليس له أن يفعل ما يبعد استعماله وانتفاعه وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعماله وهو مأذون في الحفظ لا في الاستعمال ويستوى فيه اليمين واليسرى لان الناس يختلقون في التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم في اليمين ومنهم من يتجمل به في اليسرى فكان كل ذلك استعمالا ولو جعله في بقية الاصابع فهلك يهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لاستعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة فان كان اللبس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولو رهنه سيفين فتقدهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقدها لم يضمن لان التقدي سيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لاستعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جعله على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضي لان يبيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بإيفاء الدين مع قيام عقد الرهن اذا لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإيفاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن بعه واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حقه فله ذلك لان الرهن وثيقة وبالعقد يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه الى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جثتك بحقك الى وقت كذا والا فهلك بدينك أو يبيع بحقك لم يحز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أي حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهي مسألة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان مال للعدل أن يفعله في الرهن وما ليس له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينزل (أما) الاول فنقول والله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده ويبد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعه في يد العدن ولو دفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع



بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالأجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لأن الثابت له بالوضع في يده هو حق الامساك  
 لا الاتفاح والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا إلا إذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن أو متأخراً عنه فله أن يبيعه  
 لأنه صار وكيلاً بالبيع إلا أن التسليط إذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن وإذا كان متأخراً عن العقد  
 يملك لما ذكرنا وله أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها رهونة تبعاً للأصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم  
 مقام الرهن نحو أن كان الرهن عبداً فقتله عبداً أو فقراً عينه لأنه إذا قام مقامه جعل كان الأول قائماً ثم إذا سلطه على  
 البيع مطلقاً فله أن يبيعه بأي جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما وبأي قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر  
 ما يتغابن الناس فيه وبالتقدي والنسيئة عند أي حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الأجل لأن الأمر بالبيع مطلق وإذا باع  
 كان الثمن رهناً عند أهله إلى أن يحل الأجل لأن عن المرهون مرهون فإذا حل الأجل أو في دين المرتهن أن كان من  
 جنسه وإن سلط على البيع عند الحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند  
 الحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أي حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي  
 مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع بأي ثمن كان عند أي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا  
 يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير إلا أنهم ما جوزوا في مسألة السلم بجنس المسلم فيه لأن الأمر  
 بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب إلى القضاء منه ولو نهى الراهن عن البيع بالنسيئة فإنها عند عقد  
 الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لأن التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيد متأخراً إذا كان التقييد مفيداً وهذا  
 النوع من التقييد مفيد ولو نهى متأخراً عن العقد لم يصح منه لأن التقييد المتأخر يبطال من حيث الظاهر كالتخصيص  
 المتأخر عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخاً لا بياناً وإذا كان ابطلاً لا يملكه الراهن كما لا يملك  
 إبطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم إذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهناً لأنه صار ملكاً للمشتري وصار ثمنه  
 هو الرهن لأنه قام مقامه سواء كان مقبوضاً أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشتري كان على المرتهن ويهلك بالأقل من  
 قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر إلى قيمة المبيع بل ينظر إلى الثمن بعد البيع لأن الرهن انتقل إلى الثمن وخرج المبيع عن  
 كونه رهناً فتعتبر قيمة الرهن ثم إن باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وإن باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين  
 وقضى الدين منه لأنه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن  
 ثم استحق في يد المشتري فله المشتري أن يرجع بالثمن على العدل لأن العاقد هو وحقوق العقد في باب البيع ترجع إلى  
 العاقد والعدل بالخيار إن شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وإن شاء رجع بما ضمن  
 على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلأن البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن  
 قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترد منه وإذا استرد عا د الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على  
 الراهن فله أن يرجع بالعهد عليه وإذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لأنه صح قبضه هذا إذا سلم الثمن إلى المرتهن فإن  
 كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع إلا على الراهن لأنه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهده عمله عليه  
 في الأصل لا على غيره إلا أن له أن يرجع على المرتهن إذا قبض الثمن لما ذكرنا فإذا لم يقبض وجب العمل بالأصل فيرجع  
 على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن  
 المشتري وجده عيباً كان له أن يرد على العدل لأن الرد بالعيب من حقوق البيع وانما ترجع إلى العاقد والعاقد هو العدل  
 فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه والعدل بالخيار أن كان رده عليه بقضاء القاضي إن شاء رجع على المرتهن أن كان  
 سلم الثمن إليه وإن شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلا لأنه إذا رد عليه بعيب بقضاء القاضي فقد انقسخ البيع فكان  
 له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهناً بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلا لأنه  
 وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهد وإن كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فإن رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على

أحد وان كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتن لما ذكرنا في الاستحقاق  
ويكون المردود رهنًا كما كان هذا إذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن فاما إذا كان بتسليط وجد من  
الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتن سواء قبض المرتن الثمن أو لم يقبضه لانه وكيل  
الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا أن التسليط اذا كان  
مشروطاً في العقد ثبت له حق الرجوع على المرتن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما ذكرنا شاء الله تعالى فاذا وقع  
البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطاً فيه لم يثبت التعليق فبقى حق الرجوع بالعهد على الموكل  
على حكم الاصل وللعديل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها موهنة تبعاً للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو  
حق الحبس تبعاً فله أن يبيعها كما له أن يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجنانية على الرهن بأن قتل الرهن أو فقأ عينه  
فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول لحماؤهما فصار كان الاول قائم وللعديل أن يتمتع من البيع واذا امتنع  
لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له أن يتمتع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان  
التسليط اذا لم يكن مشروطاً في الرهن لم يتعلق به حق المرتن فكان توكيلاً محضاً بالبيع فأشبهه التوكيل بالبيع في سائر  
المواضع واذا كان مشروطاً فيه كان حق المرتن متعلقاً به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح  
عدلاً في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلاً في رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على  
يد مولا لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلاً في رهن مولا حتى لو رهن انسان شيئاً على  
أن يضع في يده عبده المأذون يصبح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلاً في استيفاء الدين  
والمولى لا يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل  
لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبته عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من مولا  
لذلك اختلفا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلاً في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلاً في رهن مولا لان  
المكاتب حر يد فكان كل واحد منهما أجنبياً عما في يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلاً في رهن الكفيل  
وكذا الكفيل لا يصلح عدلاً في رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلاً في استيفاء الدين من  
صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبشر يَغْذِمْتَهُ عَنِ الدِّينِ (وأما) الكفيل فتخليص نفسه عن  
الكفالة بالدين وأحد شرى بكى المفاوضة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه  
فكان ما في يد كل واحد منهما كأنه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا  
أحد شرى بكى العنان في التجارة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز في  
الشرى بكن جميعاً لان كل واحد منهما أجنبياً عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج  
الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلاً في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن  
المضارب شيئاً من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على  
يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن  
من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلاً في رهنه بدين ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيئاً  
ورهن بدين ما اشترى له على أن يضعه على يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما شرط على أن يضعه في يد نفسه  
فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلاً في الرهن فان  
كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض  
المرتن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطاً فاسداً  
فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

في ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما  
ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون في عقد الرهن واما أن يكون  
متأخرا عنه فان كان في العقد فعزل الرهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت في العقد كانت  
تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الرهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الرهن ولا  
بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان  
كان التسليط متأخرا عن العقد فالمرأى أن يعزله وينعزل بموت الرهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكل  
مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة  
وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الطارئ على العقد والمقارن اياه سواء لانه  
يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة  
وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد  
أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الرهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت  
الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الابتداء  
بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة  
وليس للعدل الثاني أن يبيع الا أن يموت الرهن لان الرهن سلب الاول لا الثاني وعلى هذا تخرج نفقة الرهن انها  
على الرهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الرهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد  
فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الرهن وكفنه  
عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله  
وجداه والقيام بمصالحه عليه سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤونات  
الملك على المالك والمالك للرهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الرهن لانه مؤنة المالك (وأما) العشر في الخارج  
ياخذها الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن في الباقي (ووجه)  
الفرق ان القساد في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق  
لم يصب والباقي شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه في الخارج لا يخرج عنه عن ملكه بدليل أنه  
يجوز بيعه ويجوز له الادعاء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشيء عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع  
فهو الفرق ولو كان في الرهن نساء فأراد الرهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في نساء الرهن ليس له ذلك لان زوائد  
المرهون مرهونة عندنا تبعالا لاصل فلا يملك الاتفاق منها كما يملك الاتفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى  
لو شرط الرهن للمرتهن أجرا على حفظه فحفظ لا يستحق شيئا من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق  
الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ  
الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة  
المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبي يوسف ان كراء المأوى على الرهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الباقي على  
المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله  
على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن وبقدر الزيادة على الرهن لان وجوب الجعل على المرتهن  
لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان  
بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان في قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها  
مؤنة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فانما لزمه لكون المردود مضمونا



والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والقضاء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعله الباقي ينقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقرح والأمراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير إذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير إذنه فهو مقطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي رجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصياتها عن الهلاك والاذن بالاتفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالكين وكذا اذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلاً عنه بالاتفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أن الراهن ان كان غائباً فأنفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وان كان حاضراً لم يرجع عليه وقال أبو يوسف ومحمد يرجع في الحالين جميعاً بناء على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما يلي عليه وهي مسألة الجرج على الخمر وستأتي في كتاب الخمر وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انهم رهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم المتولدة منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والثمر والبن والصوف أو في حكم المتولد من الاصل كالارث والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست برهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزع منه ولا بدل جزع منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمه الله انها رهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست برهونة بناء على أن الحكم الاصل للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر العزماء قبل البيع لا حق له في الرهن حتى يسرى الى الولد فأشبهه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى المجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست مرهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للام الا أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل فكانت مرهونة تبعاً لأصلاً كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعاً لأصلاً فلا يكون له حصصة من الثمن الا اذا صار مقصوداً بالقبض فكذا المرهون تبعاً لا يكون له حصصة من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكاك واذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقاءها الى وقت الفكاك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكاك ونبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتهن أن يحبسهما جميعاً بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة وأيهما هلك بهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لأن ذلك دين لا رهن به والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقى قبل الباقي أو أكثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فباقى شيء من الدين بقى محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن فباقى شيء من الثمن بقى محبوساً به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا المرتين وهذا يجوز وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمي لكل واحد منهما شيئاً من المال الذي رهن به أو لم يسم في رواية الأصل وذكري الزادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيدان ماذكري الأصل قول أبي يوسف وما ذكر في الزادات قول محمد وذكري الجصاص أن في المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزادات أنه لما سمي لكل واحد منهما ديناً متفرقاً وجب ذلك تفريق الصفقة فصار كأنه رهن كل واحدة منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الأصل أن الصفقة واحدة حقيقة لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة إلا أنه تفرقت التسمية وتفرق الصفقة كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن وإن سمي لكل واحد منهما ثمناً على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثاني وهو اختصاص المرتين ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فتقول والله التوفيق إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتني أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن ثم إن كان الدين حالاً والثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاء بالدين وإن كان فيه فضل رده على الراهن وإن كان نقص من الدين يرجع المرتين بفضل الدين على الراهن وإن كان الدين مؤجلاً حبس الثمن إلى وقت حلول الأجل لأنه بدل المرهون فيكون مرهوناً إذا حل الأجل فإن كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه وإن كان من خلاف جنسه يحبس إليه إلى أن يستوفي دينه كله وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتني أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالخصص لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتين وإن نقص عن الدين يرجع المرتين بما بقى من دينه في مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالخصص لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتني فيه أسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لأن ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو جوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضى الدين أولاً ثم يسلم الرهن لأن الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه إبطال الوثيقة ولأنه لو سلم الرهن أولاً فن الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتني كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن إلا أن المرتني إذا طلب الدين يؤمر بحضور الرهن أولاً ويقال له أحضر الرهن إذا كان قادراً على الحضور من غير ضرر زائد ثم يحاطب الراهن بقضاء الدين لأنه لو خوطب بقضائه من غير حضور الرهن ومن الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتني مستوفياً دينه من الرهن فيؤدي إلى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً إذا كان ديناً ثم يؤمر بالبائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع إلا أن البائع إذا طالبه بتسليم الثمن يقال له أحضر المبيع لجواز أن المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتني أو كان في يده بدله بعد أن كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما إذا كان المرتني مسلطاً على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتني بدينه كان للراهن أن لا يدفع حتى يحضره المرتني لأن البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائماً كان له أن يمنع ما لم يحضره المرتني فكذلك إذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يد عدل وجعل للعدل أن يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتني دينه يحجز الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتني بحضور الرهن لأن قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق إلا أنه رخص له التأخير إلى غاية الحضور للدين عند القدرة على الحضور وهنا لا قدرة للمرتني على إحضاره لأن للعدل أن يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصباً

والى هذا المعنى أشار محمد فى الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ لو أخذه كان غاصبا واذا سقط التكليف  
بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضع الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا  
يدرى أين هو لا يكلف المرتهن باحضار الرهن ويحجر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن فى يد المرتهن  
فالتقيافى بد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا  
يجبر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار  
للضرورة التى ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة  
بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال  
المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل فى الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة  
القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن بدعى  
الهلاك يدعى على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول بقوله مع يمينه ويحلف على البتات لانه يحلف على  
فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك  
فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن فى هلاك الرهن ان هناك يحلف  
المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف  
على العلم كما لو ادعى الراهن انه أوفى الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان  
الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفى الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لانه  
ليس فى احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل فى الزيادات ولو اشترى شيئا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى  
لقيه البائع فى غير مصره الذى وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن  
حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن ووجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة  
والمساواة فى المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشرعية ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن  
لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين  
فى هذا الحكم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك  
بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان  
أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثانى فى بيان شرائط الضمان والثالث فى بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد  
اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعى رحمه الله يهلك أمانة احتج  
بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنته  
له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة  
لان عليه قضاء دين المرتهن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا  
خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين يهلك المرهون لكان توهيناً لا توثيقاً لانه يقع  
تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهيناً للحق لا توثيقاً له (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة  
والسلام انه قال الرهن بما فيه وفى رواية الرهان بما فيها وهذا نص فى الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا  
رهن بدين عند رجل فرساً بحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاخصم الى رسول الله صلى الله عليه  
وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقك ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك  
الاستيفاء ثانياً كما اذا استوفى بالفكك وتقرر معنى الاستيفاء فى الرهن ذكرناه فى مسائل الخلاف وأما الحديث



فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أى لا يهلك إذا العلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً معنى وقيل معناه أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكماً جاهلياً جاء الإسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أى ثقته وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل إليه في أقرب الاوقات لأنه كان للمرتهن ولاية مطلبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله وبعد الرهن حدث له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول الى حقه فحصل معنى التوثيق

**فصل** (وأما) شرائط كونه مضموناً عند الهلاك فأنواع منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يملك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يملك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوى بين الأبراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كأنه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولأن المرهون لم يصر مضموناً بالقبض يبقى الضمان ما بقى القبض وقد بقي لانعدام ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضموناً بالدين يستدعي قيام الدين لأن الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالأبراء فاستحال أن يبقى مضموناً به وقد خرج الجواب عن قوله أن الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لانا نقول نعم إذا كان الدين قائماً فإذ اسقط بالأبراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما إذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لأن قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقى القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لأن المستوفى يصير مضموناً على المرتهن بخلاف الأبراء لأنه مسقط لأن الأبراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا إذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فإن وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما إذا أخذت المرأة بصدقها رهنًا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لأنهم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضموناً وكذلك لو أخذت بالصدق رهنًا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لأن الصداق لم يسقط بالردة لم يبق القبض مضموناً فصارت كالأبراء عنه عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنًا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع يملك بغير شيء والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة وبقب المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنًا بالمتعة عند أبي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول أبي يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشئ رهن يبدله في الشرع لأن بدل الشئ يقوم مقامه كأنه هو وهذا كان الرهن بالمغصوب رهنًا بقيمته عندها كره والرهن بالمسلم فيه رهنًا برأس المال عند الأقالبة والمتعة بدل عن نصف المهر لأنه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا أحد البدل في أصل الشيوع ولا يبي يوسف أن المتعة وجبت أصلاً بنفسها لا بدلاً عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداء كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال في حق أحد الحكمين وبقي في حق الحكم الآخر لأنه لا يعمل فيه إلا بعد الطلاق فكان الطلاق شرطاً لعمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلاً كما في سائر الأسباب المتعلقة بالشروط ولو أسلم في طعام وأخذ به رهنًا ثم تقاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن برأس المال لأن رأس المال بدل عن المسلم فيه فإن هلك الرهن في يده يملك بالطعام لأن

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبلا قاله لم يسقط الضمان أصلا لان بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما اذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء لان الضمان هناك يسقط أصلا ورأسا يخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا أو ثوبا بضمنا ثم فاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقي عقد الرهن لان المرهون إن عاصر مضمونا بالقبض فاذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين لان قبض الغصب يبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده الى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لان المروون قبل ان يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لان عدم ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافي قبض الرهن لانه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فاذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم اذا فرغ من الانتفاع فقد انتهت قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذلك اذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمروون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لان قبضه قبض الاعارة وأنه قبض أمانة فينافي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو أعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه الى المستعير فالمروون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كروا ئد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولد أقال ولد رهن لان الأصل مروون لقيام عقد الرهن حتى لو ولدت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لان الضمان وان فاته فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر واذا بقي العقد في الأم صار الولد مروهنا تبعا للام فكان له أن يحبس به بجميع المال وكذا لو ولدت هذه الابنة ولدا فانهما رهن بجميع المال وان ماتا لم يستطع شيء من الدين لان الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الأم لو كانت قائمة فهلك الولد لا يستطع شيء من الدين فكذا اذا كانت هالكة ولا يفكك الراهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يردده الى المرتهن المرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وان بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وان لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا في يديك قبل اللبس أو بعدما لبسته ورددته الى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهم لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده الى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا اذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما اذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تحرق وقال المرتهن لبسته فتحرق فالقول قول الراهن لانهم اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن يدعي الخرج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وان أقام الراهن البيينة انه تحرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البيينة انه تحرق بعد خروجه من الضمان فالبيينة بينة الراهن لان بيئته مثبتة لانها تثبت الاستيفاء وبينه المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد والتمر واللبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا الا الارش خاصة حتى

لوهلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان  
الولد ليس برهون مقصود ابل تبع الاصل كولد المبيع على أصل أحبابنا انه مبيع تبع الا مقصودا والرهون تبع  
لا حصه له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكك كما أن المبيع تبع الا حصه له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض  
بخلاف الارش لانه بدل الرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبذل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه  
حكم الاصل والاصل مضمون فكذلك بدل بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها  
مرهونة مقصودا لتبع لان الزيادة اذا صحت التحقت بأصل العقد كان العقد وردي الزيادة والمزيد عليه على ما ذكر  
في موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الاصل بقيت الزيادة تقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر  
قيمة الاصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول  
لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر  
قيمة يوم القبض والزيادة انما يصير لها حصه من الضمان بالفكك فتعتبر قيمتها حينئذ الا أن هذه القسمة للحال  
ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن  
والقسمة الحقيقية وقت الفكك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدن لان  
الاصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفكك فتعتبر  
قيمتها يوم الفكك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فولدت ولدا يساوي القا فان الدين يقسم على  
قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا  
بالنصف الباقي يفتكه الراهن به ان بقي الى وقت الافتكك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن  
وغادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار  
يساوي القين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا للدين في الولد والثلث في الام وتبين ان الام هلكت  
بثلث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت  
القسمة أرباعا لثلاثة أرباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقي الولد رهنا بثلاثة  
أرباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة أثلاثا للدين  
في الام والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان  
الولد واحدا أو أكثر ولدا ماعا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم  
العقد وقيمة الاولاد يوم الفكك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت  
بنتها ولد افهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد  
الاصل ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو  
ولدت الجارية ولدا ثم نقصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصار تساوي خمسمائة أو زادت قيمتها فصار  
تساوي ألقين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت  
قيمة الولد يعيب دخله أو لسفر فصار يساوي خمسمائة صار الدين فيهما أثلاثا للثلاث في الام والثلث في الولد ولو  
زادت قيمة الولد فصار يساوي القين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت الام بقي الولد رهنا بالثلثين  
لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير القسمة والولد انما يصير له حصه من الضمان  
بالفكك فتعتبر قيمته يوم الفكك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعور هاربعه  
وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباع الدين وذلك سبع مائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت  
ثم اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من



الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقى الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الأرباع (فأما) إذا أعورت ثم ولدت فقيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقى النصف فاذا ولدت ولدا فيلبيح أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم أعورت ولو هلك الولد وقد أعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بعدمه وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا أعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقى النصف الآخر ولو لم يهلك ولكنه أعور لم يسقط باعوراره شيء من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا أعور أو لى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تختمل التغير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبد لأن هذه زيادة مقصودة لتورود فعل الرهن عليها مقصودا فكانت مرهونة أصلا لا تبعاً فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزداد عليه والزيادة وحيلة الكلام في كيفية التقسيم ان الراهن لا يخلو (أما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن نماء (وأما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزداد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية الفاقية قيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون مقصودا لا تبعاً الا أنه تعتبر قيمة المزداد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماء وان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعاً لأصل المرهون تبعاً لا يأخذ حصته من الضمان الا بالفك فكذلك فتعتبر قيمتها يوم الفك فكذلك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصل في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقى النصف ثم زاد الراهن عبد ا قيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثا وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية ففرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماء بأن أعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقى ثلاثة أرباع الدين وذلك سبع مائة وخمسون في الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادة أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصل لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لتورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست بمرهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعاً للاصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتاً في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرته من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

عبد اقيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسة وعلى قيمة العبد الزيادة وتبقى ألف أثلاثا لها في العبد وثلاث في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلاثي الخمسة وذلك ثلثة وثلاثة وثلاثون وثلث ولو هلك الجارية هلك بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لأن الزيادة زائدة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولو قضى خمسة ثم اعورت الجارية قبل أن يزاد الرهن ثم زاد عبد اقيمته ألف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لأنه لما قضى الرهن خمسة ففرغ نصف الجارية شأنا من الدين وبقي النصف الباقي في نصفها شأنا وذلك خمسة فإذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقي مائتان وخمسون من الدين فيما يذهب من نصف الجارية فإذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الأصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسة وذلك خمسون في الأصل هذا إذا زاد وليس في الرهن نماء فأما إذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبد اقيمته ألف فالرهن لا يخلو أمانا زادوا لام قائمة وأمانا زاد بعد ما هلك الأم فإن كانت قائمة فزاد لا يخلو أمانا جعله زائدة على الولد أو على الأم أو عليهما جميعا وأطلق الزيادة ولم يسم المزد عليه أنه الأم أو الولد فإن جعله زائدة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الأم لأن الأصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زائدة على الولد فيكون زائدة معه فيقسم الدين أولا على الأم والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الأم يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكك لما بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة وقت قبضها لأنها إنما جعلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لأنه إذا هلك جعل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لأن الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين أن الزيادة لم تقع رهنا وإن جعله زائدة على الأم فهو على ما جعل لما ذكرنا أن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت على الأم فعند التقيد والتنقيص أولى وإذا وقعت زائدة على الأم جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الأم يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الأم يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكك ولو مات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الأم يقسم عليها وعلى ولدها فتعتبر زائدة الولد في حق الأم ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لأن الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلك الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقي الولد وإن زادت بمافيها بخلاف ما إذا هلك الولد أنه تبطل الزيادة لأن بهلاك الأم لا يتبين أن العقد لم يكن بل ينتهي ويتقرر حكمه فبإلا أنه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لأنه إذا هلك التحق بالعدم من الأصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لأن الولد غير مضمون بالهلاك فإذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وإن جعله زائدة على الأم والولد جميعا فالعبد زائدة على الأم خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وإنما يعتبر في حق الأم ويدخل في حصة الأم والولد في حق الزيادة حال وجود الأم كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الأم فيقسم الدين على الأصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الأم قسمة أخرى بينهما وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكك كذلك وإن أطلق الزيادة ولم يسم الأم

ولا الولد فالز يادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الافراد يصلح  
 مزيدا عليه الا أن الام أصل في الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى واذا صارت  
 الزيادة رهنًا مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فأما) اذا هلك  
 الام ثم زادوا العبد زيادة على الولد فكانا جميعاً رهنًا بخمسائة يفتك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة  
 تستدعي مزيدا عليه والهالك خرج عن اتمان ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام  
 وبقي النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الرهن العبد بغير  
 شيء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين  
 فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك أمانة  
 الا اذا منعه بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهنًا في الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادق على أنه لا دين ثم هلك  
 الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصبا بالمنع فيلزمه ضمان الغصب (وأما) بيان  
 كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من جنس خلاف جنس حقه فان كان من خلاف  
 جنس حقه فاما أن يكون شيئاً واحداً واما أن يكون أشياء فان كان شيئاً واحداً يهلك مضمونا بالاكل من قيمته ومن الدين  
 وتفسيره اذا رهن عبد أقيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد القين فهلك ذهب كل الدين  
 أيضاً وفضل الرهن يهلك أمانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل  
 الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهورواه عن  
 سيدنا علي رضى الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أى على المرتهن بفضل قيمة الرهن وهكذا  
 روى عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغاً ما بلغ أى يذهب كل الدين قلت قيمة  
 الدين أو كثرت وهو مذاهب شريفة وعن سيدنا علي رضى الله عنه رواية أخرى أنه قال يتراد ان الفضل يعني ان كانت  
 قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن  
 بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله ان المرهون أمانة لان اختلافهم في كيفية  
 الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا فانكار الضمان أصلاً يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلاً ثم الرجحان في  
 كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض  
 الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل  
 الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق  
 الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يتحقق في الزيادة لان استيفاء الاقل من الاكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه  
 تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيئاً واحداً فاما اذا كان  
 أشياء بأن رهن عشرين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (اما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيئاً من  
 الدين (واما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدر معلوم من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما  
 وكان كل واحد منهما مضمونا بالاكل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون  
 مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في  
 باب البيع باعتبار قيمتهما المعروفة مقسداً بالثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كل  
 واحد منهما مضمونا بالاكل من قيمته ومما سمي له لانه لما سمي وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد  
 منهما فاما هلك يهلك بالاكل من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع اذا سمي لكل واحد من المبيعين ثم أنه ينقسم  
 الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن فاما اذا كان من



جنسه بأن رهنه وزونا بجنسه أو مكيلا بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك  
مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن يمثل وزن الدين وقيمه أقل منه فهلك يذهب كل  
الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما ذكره في أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن  
دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من  
خلاف الجنس (وأما) في الانكسار فابو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة  
ولا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك الى الضرر بالرهن ولا  
بالمرتهن ولا يؤدي الى الربا فان أدى الى شيء مما ذكرنا فانه لا يجعل بالدين أيضا وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو  
يوسف يجعل التقصان الحاصل بالا نكسار شائعا في قدر الامانة والمضمون فما كان في الامانة يذهب بغير شيء وما  
كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه يصرف التقصان الى الزيادة وإذا كثرت  
التقصان حتى انتقص من الدين بخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز  
استيفاء الزئوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزئوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا  
عند محمد إلا أن محمد أترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه من أصله  
أنه لا يجوز استيفاء الزئوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تخريجهما على هذه الأصول فنقول وبالله  
التوفيق إذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو إما أن يكون  
مثل وزن الدين بأن كان عشرة أو أما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية وأما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني  
عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك ولا نكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته  
مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمه وفاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه بأفهلك بالدين  
على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يخير الراهن على الافتكاك بلا خلاف لانه لو افتكه أما أن يفتكه  
بجميع الدين وأما أن يسقط شيء من الدين بمقالة التقصان لاسيما الى الاول لان فيه ضررا بالراهن لقوات حقه عن  
الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الثاني لانه يؤدي الى الربا لان الدين والرهن يستويان في الوزن  
والجودة لا قيمة لها شرعا عند مقابلة بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون إيفاء عشرة بثمانية فتكون ربا فيتخيران  
شاء افتكه بجميع الدين ورضى بالتقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنا مكانه وبصير القلب  
ملك للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين  
وبصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمد ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدي  
كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفي  
الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام  
وأبطله بقوله لا يعلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون  
حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والجنس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصالح حكمه في الجملة ألا  
تري ان محمد يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما ذكرنا وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك  
يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وفاء بالدين وعندهما لا  
يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (أما) ان يهلك بوزنه (وأما)  
أن يهلك بقيمته لاسيما الى الاول لان فيه ضررا بالمرتحن ولا وجه الى الثاني لانه يؤدي الى الربا فيخير المرتحن بين  
أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان  
قبض الرهن قبل استيفاء والجيد والردى في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزئوف عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه بالا جماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا بلا خلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلاهما لا يريان الجعل بالدين أصلاً ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدي الى الضرر بالمرتن حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية عشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي الى الرافقت الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتباراً للوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا أفضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف فقيس يضمن المرتن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين مع التقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان التقصان الحاصل بالا نكسار قدر درهم بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكاً للمرتن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهناً بالدين لان من أصله أن يجعل قدر التقصان الحاصل بالا نكسار شائعاً في قدر الامانة والمضمون والقدر الذي في الامانة يذهب بغير شيء والقدر الذي في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكاً وعند محمد ينظر الى التقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتن ويحبر الراهن على الفكاك وان زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته وزنه سواء لان من أصله أنه يصرف التقصان الحاصل بالا نكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثرت التقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكه وقيل ان على قوله له أن يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالا جماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهناً والقلب للمرتن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء افتكه بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك ثمانية في قول أبي حنيفة اعتباراً للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالا جماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلاهما لا يحيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً ومحمدان كان يحيزه لكن بشرطة انعدام الضرر في الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالا جماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك ثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهناً والقلب ملكاً للمرتن وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهناً عنده بالدين وعند محمد يصرف التقصان الحاصل بالا نكسار بالامانة ان قل التقصان بأن كان درهم أو درهمين ويحبر الراهن على الافتكاك وان كان أكثر من ذلك يخبر الراهن بين الافتكاك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد أنه يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

وأكثر من الدين بأن كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تملك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية  
 عنهما في هذا الفصل وإن انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لأنه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين  
 وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التملك بالدين لما فيه من الضرر وإن كانت قيمته مثل  
 مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة  
 أسداسه ويرجع بحقه وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يغرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل  
 بالدين عند محمد لأنه يؤدي إلى الربا وإن كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول  
 أبي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يغرم القيمة في الحالين وإن كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك  
 خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن  
 المرتهن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شر يكافئ الشئوع طارى فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع  
 القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لأن الشئوع يمنع صحة الرهن مقارنا كان أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف  
 لا حاجة إلى القطع لأن الشئوع الطارى لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون  
 حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فإن منعه حتى هلك يضمن مثله إن كان له مثل وقيمته إن لم  
 يكن له مثل لأنه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وإن لم يوجد المنع من المرتهن حتى  
 هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله أنه يملك أمانة لأن الرهن إذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لأنه قبض  
 باذن المالك فأشبهه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه ذكر في الجامع الكبير أن كل ما هو  
 محل للرهن الصحيح فإذا رهنه رهنا فاسدا فهلك في يد المرتهن يملك بالآقل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل  
 للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالدر وأموال ولد وهذا يدل على أن الفساد كان لمعنى في نفس المرهون  
 لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وإن كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (ووجهه) أن المرهون مضمون بالقبض  
 ولا فساد في القبض إلا أن من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقا متقوما كالقبض بالبيع الفاسد فإن  
 وجد الشرط يكون مضمونا ولا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فتقول المرهون  
 لا يخلو (أما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامة (وأما) أن كان من غير بني آدم من سائر الاموال فإن كان من غير بني آدم  
 فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته إن كان مالا مثل له ومثله إن كان ماله مثل كما إذا لم يكن مرهونا والمرتهن هو المخصم في  
 تضمينه وكان الضمان رهنا لأنه بدل المرهون ثم إن كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وإن كان  
 الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن لأنه لو أ تلف مالا مملوكا متقوما بغيره ماله كذا فيضمن مثله  
 أو قيمته كما لو تلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وإن استهلكه الراهن فإن كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في  
 المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وإن كان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه إلى أن يحل الدين وإذا كان في الرهن  
 نماء كالدين والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي بأن كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فحلبت أو ولدت فعليه  
 ضمانه (أما) وجوب الضمان على الأجنبي والمرتهن فظاهر لأن الزيادة ملك الراهن وأتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه  
 يوجب الضمان (وأما) وجوبه على الراهن فلا نالتف وإن كان مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوى فيالحق بالمالك  
 في حق وجوب الضمان وإذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتهن لأنه بدل المرهون  
 فيقوم مقامه فإن هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لأنه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الأصل  
 والأصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البديل وإن هلك الشاة سقطت حصتها من الدين لأنها مرهونة مقصودة  
 فكانت مضمونة بالهلاك ويفتق الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لأن الزيادة تصير مقصودة بالهلاك فيصير  
 لها حصص من الدين هذا إذا كان الاستهلاك بغير إذن فاما إذا كان باذن الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت



فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فخلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لأن الزيادة ملك الراهن فيصح  
أذنه بالأكل والشرب ولا يسقط شيء من دين المرتهن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لأن اتلاف  
المرتهن باذن الراهن مضاف الى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء من الدين وكان عليه  
ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تملك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر  
قيمتها فما كان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لأن فعل المرتهن لما كان  
مضافاً الى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر الى قيمة الزيادة فان كان فيها  
خمسه كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثه فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاؤه وكذلك  
لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتهن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو  
استهلكه الراهن باذن المرتهن لاشي عليه لأن الضمان لوجب لوجب الحق المرتهن لا الحق نفسه لأنه ملكه وقد أبطل  
المرتهن حق نفسه بالأذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأفقه ما وبقية الشاة رهناً بجميع  
الدين وان كان المرهون من بني آدم فحفي عليه فجملة الكلام في جنائيات الرهن انها ثلاثة أقسام جنائية غير الرهن على  
الرهن وجنائية الرهن على غير الرهن وجنائية الرهن على الرهن اما جنائية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجنائية  
في النفس واما ان كانت في مبادون النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأ أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان  
كان حراً أو عبداً فان كانت في النفس عمداً والجاني حر فلا رهن أن يقتص اذا اجتمع على الاقتصاص في قول أبي  
حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعوا عليه وعن أبي يوسف وإيتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله  
الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لاقتصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن  
ولم يذكر الخلاف (وجه) قول محمدان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولى هنا غير معلوم لأن ملك العين والرقبة  
للراهن وملك السيد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافاً الى الراهن من وجهه والى المرتهن من وجهه فصار الولي  
مشتبه مجهولاً وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً أنه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه  
المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص اذا اجتمعوا عليه  
لأن هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان الولي معلوماً  
فامكن القول بوجود القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك للراهن من كل  
وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والمالك سبب لثبوت الولاية فكان الولي معلوماً وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية  
الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لأن الملك فيه  
للمولى من وجهه وللمكاتب من وجهه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فأشبهه المولى فامتنع  
الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لأن العبد انما كان رهناً من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا الى بدل  
اذا القصاص لا يصلح بدلاً عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمعوا على القصاص (فاما) اذا  
اختلفوا لا يقتص القاتل لأنه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لأن في استيفائه  
ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت  
القيمة رهناً ولو اختلفوا بطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلاقتصاص لأن حق المرتهن وان بطل بالفكالك  
لكن بعد ما حكم القاضي ببطولان القصاص فلا يحتمل العود وان كانت الجنائية خطأ أو شبه عمداً فعلى عاقلة القاتل  
قيمتها في ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهناً لأن العبد وان كان مضموناً من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال  
على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزداد دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فجاز  
أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهناً عند المرتهن ثم ان كان الرهن مؤجلاً كان في يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقي فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى  
منها من الدين بقدرها بالفضل أي يرجع بالقيمة على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده الى  
وقت الفكك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلا فخل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان  
الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمن  
الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته  
فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت  
هذه الدرهم رهنا بمثلها من الدين ويستقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من  
خمسمائة بخمسمائة كما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدي الى الربا لانه  
لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتين  
بغرم قيمته والحكم فيه وفي الاجنبى سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بني آدم سواء  
وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجاني حرا (اما) اذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالفداء بقيمة  
المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالدفع رهن بجميع الدين ويجبر الراهن  
على الافتكك بخلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة  
المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا ويجبر الراهن على الافتكك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكك العبد  
المقتول لو كان حيا بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمدان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول  
فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء تركه للمرتين يدينه فمحمد مر على أصله في الجعل بالدين عند  
تعذر الجبر على الافتكك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولأبي حنيفة وأبي يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام  
مقام الاول لحاود ما بالاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكك بجميع الدين فكذلك الثاني  
وكذلك لو كان العبد المرتين تقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبد يساوي مائة درهم فدفع به فهو على  
الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار الفداء فانه يهديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند  
المرتين ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى  
يستوفى جميع دينه ويجبر الراهن على الافتكك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجبر الراهن بين الافتكك  
بجميع الدين وبين الترك للمرتين بالدين وقد مررت المسئلة هذا اذا كانت الجناية في النفس فاما اذا كانت فيما دون  
النفس فان كان الجاني حرا يجب ارشاه في ماله لا على عاقبته سواء كانت الجناية خطأ أو عمدا (اما) الوجوب في ماله  
فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطا والعمد فلا ان القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما  
دون النفس فاستوى فيه العمد والخطا في وجوب الارش فكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء موهون وان  
كان الجاني عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو بالفداء بارش الجناية فان اختار الفداء بالارش كان الارش مع الجاني عليه رهنا  
وان اختار الدفع يكون الجاني مع الجاني عليه رهنا والخصومة في ذلك كله الى المرتين لان حق الحبس له والجاني فوت  
الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل القاتل فيقيمة مقامه رهنا هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على  
الرهن (وأما) حكم جنابة الرهن على غير الرهن فجنايته لا تخلو اما ان كانت على بني آدم واما ان كانت على غير بني آدم  
من سائر الاموال فان كانت على بني آدم فلا تخلو اما ان كانت عمدا واما ان كانت خطأ أو في معناه فان كانت عمدا  
يقتص منه كما اذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهنا واذا لم يكن  
الملك مانعا فحق المرتين أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنيا أو الراهن أو المرتين لان القصاص ضمان الدم ولا حق  
للمولى في دمه بل هو أجني عنه وكذا المرتين من طريق الاولى اذا ثبت له الحق والحق دون الملك فصارت جنايته

على الرهن والمرتهن في حق القصاص وجنابته على الاجنبى سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل في ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنابته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان كانت شبه عمد أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيبا أو مجنوناً أو كانت جنابته فيادون النفس فانه يدفع أو يقضى لان هذه الجنابات من العبيد والاماء توجب الدفع أو القداء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد أقل من الدين أو كان الدين ألفا وقيمة العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالقداء لانه بالقداء يستبقى حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجنابة من غير أن يسقط حق المرتهن ولو بدى بالراهن وخوطب بالدفع أو القداء على ما هو حكم الشرع فر بما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن ويسقط دينه فكانت البداية بخطاب المرتهن بالقداء أولى واذا فاده بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجنابة وصار كأنه لم يكن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فاده أجنبي ولانه بالقداء أصح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالقداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تملك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يقضى يخاطب الراهن بالدفع أو القداء لان الاصل في الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدأ بالمرتهن بخطاب القداء صيانة لحقه فاذا أبى عاد الامر الى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع الى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى في ضمان المرتهن فصار كأنه هلك في يده وكذلك ان اختار القداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان القداء على المرتهن لحصول الجنابة في ضمانه الا انه لما أبى القداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالقداء فكان مضطرا في القداء فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان القداء يمثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله وان كان القداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر القداء وحسب العبد رهنا بالباقي وان كان القداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذلك عند القداء وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفا فالقداء عليها جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان قداء نصف المضمون منه على المرتهن وقداء نصف الأمانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالقداء والمعنى من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطب بذلك (اما) ان اجتماعا على الدفع (واما) ان اجتماعا على القداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر القداء والحال لا يخلو اما ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتماعا على الدفع ودفعاً فقد سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتماعا على القداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فدى طهرت رقبة العبد عن الجنابة ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما القداء والآخر الدفع فأيهما اختار القداء فاختاره أولى (اما) المرتهن فلانه بالقداء يستبقى حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبقى ملك الرقبة بالقداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وباطال ملك الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع ثقل بل كان سفها محضاً وتعتاباً رداً فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما اختار القداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن فقدى بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجنابة بالقداء فصار كأنه لم يكن ويرجع المرتهن على الراهن



بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع  
 وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يرجع الابدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى  
 أنه التزم القداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لأنه لو لم يلتزم لمخوطب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع  
 (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا بإصلاح قدر الامانة فكان  
 مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار القداء هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا  
 بنصف القداءين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف القداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط  
 من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضرا  
 فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شك فيه لأنه لا ملك له في العبد أصلا  
 والدفع تملك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية القداء بجميع الارش  
 فان كان الحاضر هو المرتهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف القداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن  
 بدينه وبنصف القداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبس رهنا بنصف القداء بعد قضاء الدين وعند  
 أبي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا في نصف القداء فلا يرجع على الراهن الابدينه خاصة كالموفداه بحضرة الراهن  
 فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعله متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضى الله عنه فرق بين حال الحضرة  
 والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف  
 القداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف القداءين المرتهن كالموفداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن  
 فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كالموفداه أجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولا في حنيفة  
 رضى الله عنه أنه في حال الحضرة التزم القداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة  
 الغيبة وهو محتاج الى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا بإصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا هذا  
 الذي ذكرنا حكم جنابة الرهن (فاما) حكم جنابة ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب  
 المولى بالدفع أو القداء أما عدم وجوب القداء على المرتهن فلان خطابه فداء الرهن مع أنه ليس ماله له الحصول  
 الجنابة من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لأنه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شيء وأما خطاب المولى بالدفع أو  
 القداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شيء من الدين أما خروجه عن الرهن فزوال ملك  
 الراهن عنه فيخرج عن الرهن كالموهلك وأما عدم سقوط شيء من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف  
 الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا فدى فله ذلك لان الولد موهون  
 وان لم يكن مضمونا لا ترى أن الحكم الاصل للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان القداء منه اصلا لا للرهن  
 فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على أجنبي فاما اذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنابته على نفس المرتهن  
 جنابة موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جنابة العبد المغصوب  
 على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت  
 الغصب فتبين أن تلك الجنابة لم تكن جنابة العبد على مولاه وأما جنابته على نفس المرتهن فهدر عند أبي حنيفة وعند  
 أبي يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو فدى ان رضى به المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجنابة لمافي  
 الدفع أو القداء من سقوط حق فله ذلك وبطلت الجنابة والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخي وذكر  
 القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان  
 بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنابته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل  
 المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار القداء فنصف القداء على الراهن ونصفه على المرتهن فما

كان حصص المرتين يبطل وما كان حصص الرهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلاف فهم في جناية الرهن على المرتين نظير اختلاف فهم في جنايته عند العصب على الغاصب أنها بدر عند أبي حنيفة وعندهما معتبرة (وجهه) قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما إذا وردت على أجنبي وهذا لأن الأصل في الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا في اعتبار هذه الجناية فائدة لأن موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبد وإن كان فيه سقوط دينه ولا يبي حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتين فورودها على غير المالك أن كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتين يقتضى أن لا تعتبر لأنها توجب القداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من إيجاب الضمان عليه وأنه محال فوقع الشك والاحتال في اعتبارها فلا تعتبر هذا إذا جنى على نفس المرتين فاما إذا جنى على ماله فإن كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل لجنايته هدر بالاجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجناية إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتين لئلا يملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ منه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وإن كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية تعتبر الجناية في قدر الأمانة وفي رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الأولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتين وقدر الأمانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فامكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الأخرى أن ذلك القدر وإن لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الرهن أو على ابن المرتين فلا شك أنها معتبرة لأن المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا وفي حق المرتين كونه في ضمانه ولم يوجد شيء من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الأجنبي سواء هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بني آدم وأما حكم جنايته على سائر الأموال بأن استهلك ما لا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه إلا إذا قضى الراهن أو المرتين دينه فاذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكر من القداء من جنايته على بني آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتين الدين بقي دينه وبقي العبد رهنا على حاله لأنه بالقداء استغرق رقبته العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فداه عن الجناية وإن أبي المرتين أن يقتضى وقضاه الراهن يبطل دين المرتين لما ذكرنا في القداء من الجناية فإن امتنع عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لأن دين العبد مقدم على حق المرتين ألا ترى أنه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتين أولى لأنه دونته ثم إذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو أما ان يكون فيه وفاقه بدين الغريم وأما ان لم يكن فيه وفاقه فإن كان فيه وفاقه بدينه فدينه لا يخلو أما ان يكون مثل دين المرتين وأما ان يكون أكثر منه وأما ان يكون أقل منه فإن كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتين كله لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجود ضمان المرتين فصار كأنه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ماله لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وإن كان أقل منه سقط من دين المرتين قدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتين بما بقي لأنه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم إن كان الدين قد حل أخذه بدينه إن كان من جنس حقه وإن كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفي حقه وإن كان الدين لم يحل أمسكه بما بقي من دينه إلى أن يحل هذا إذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما إذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف القاضل كله إلى المرتين بل يصرف نصفه إلى المرتين ونصفه إلى الراهن لأن قدر الأمانة لا دين فيه فيصرف ذلك إلى الراهن وكذلك إن كان قدر المضمون منه والأمانة على التفاضل يصرف الفضل اليهما على قدر تفاوت المضمون والأمانة في ذلك لما قلنا وإن لم يكن في ثمن العبد وفاقه بدين الغريم أخذ الغريم من ثمنه وما بقي من دينه يتأخر إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحدنا ووجد منه وحكمة تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فإذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقي إلى ما بعد العتاق وإذا اعتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جنائية ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جنائية الام  
سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كفاي الام الآن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين  
لم يوجد في ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين وبين  
ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقي الولد هنا كما كان وان يبيع بالدين لا يسقط شيء من دين المرتهن لانه  
ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذي ذكرنا حكم جنائية غير الرهن على الرهن وحكم جنائية الرهن على غير الرهن فاما  
حكم جنائية الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق جنائية الرهن على الرهن نوعان جنائية على الرهن نفسه وجنائية على  
جنسه أما جنائته على نفسه فهي والهالك بأفة سماوية سواء تم بنظر ان كان العبد كله مضموناً سقط من الدين بقدر  
التقصان وان كان بعضه مضموناً وبعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لامن الامانة وأما  
جنائية الرهن على نفسه فعلى ضرر بين أيضاً جنائية بني آدم على جنسه وجنائية الهيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما  
جنائية بني آدم على جنسه بان كان الرهن عبيدين فبني أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما ان كانا رهنين صفقة  
واحدة واما ان كانا رهنين في صفقتين فان كانا رهنين في صفقة واحدة فبني أحدهما على صاحبه فجنائته لا تخلو من أربعة  
أقسام جنائية المشغول على المشغول وجنائية المشغول على الفارغ وجنائية الفارغ على الفارغ وجنائية الفارغ على المشغول  
والكل هدر الا واحدة وهي جنائية الفارغ على المشغول فانها معتبرة ويتحول مافي المشغول من الدين الى الفارغ  
ويكون رهنه مكانه أما جنائية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعني الراهن واما  
ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل اليه في القصول كلها لان كل واحد منهما مملوك وجنائية المملوك  
على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه أو القداء له وإيجاب شيء على  
الانسان لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جنائية المشغول على المشغول لحق  
المرتهن لان الاعتبار لحقه يحول مافي الجني عليه من الدين الى الجاني والجاني مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه  
لا يشتغل بغيره وكذلك جنائية المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جنائية الفارغ على الفارغ فلانه لا دين للفارغ ليتحول  
الى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه وأما جنائية الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول مافي من الدين الى  
الفارغ وبيان هذه الجملة في مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبيدين يساوي كل واحد منهما ألفاً فقتل أحدهما  
صاحبه او جنى عليه جنائية فيما دون النفس مما قل ارشها أو كثر فجنائته هدر ويسقط الدين الذي كان في الجني عليه  
بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجنائية المشغول على المشغول هدر  
فجعل كان الجني عليه هلك بأفة سماوية ولو كان الدين ألفاً فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنه  
بسبع مائة وخمسين لان في كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغاً ونصفه مشغولاً  
فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصف القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من الجني عليه  
وجنائية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه  
شيء من الدين ولا يتحول الى الجاني وجنائية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجاني  
وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنه بسبع مائة وخمسين ولو قتل أحدهما عين صاحبه تحول  
نصف ما كان من الدين في العين الى الباقي فيصير الباقي رهنه بسبع مائة وخمسين وبقي المقوع عينه رهنه  
بمائتين وخمسين لان العبد الفاقى جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الأدمى نصفه الا أن ذلك النصف  
نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والفاقي جنى على النصف المشغول والفارغ جميعاً والفاقي نصفه  
مشغول ونصفه فارغ الا أن جنائية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجنائية الفارغ على قدر الفارغ والمشغول  
فقد رجنائية الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى الفاقى وذلك مائة وخمسة



وعشرون وقد كان في الفاق خمسة مائة فيصير الفاق رهنا بستة وخمسة وعشرين ويبقى المقعوع عنه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا في صفقة فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقد ركل واحد منهما الفاققتل أحدهما الا آخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالورهن كل واحد منهما رجلا على حدة فحى أحدهما على الاخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا هبنا بخلاف ما اذا التحدث الصفقة واذا اعتبرت الجناية هناخير الراهن والمرتهن فان شأنا جعل القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في القاتل من الدين وان شأنا فديا القاتل بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين اثنين وقيمة كل واحد منهما الفاققتل أحدهما الا آخر فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذي كان في القاتل وان قالنا نقدي فالقضاء كله على المرتين بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الراهن الفا وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو فقا أحدهما عين الا خرقيل لهما دفعاه أو افدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان القضاء عليهما نصفين وكان القضاء رهنا مع المقعوع عنه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد أجني فان قال المرتين أنا لا أفدى ولكني أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاق رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المقعوع من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتين لا لحق الراهن فاذا رضى المرتين بهدرا الجناية صار هدر ا وان قال الراهن أنا أفدى وقال المرتين لا أفدى كان للراهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتين حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وان أبى الراهن القضاء وقال المرتين أنا أفدى والراهن حاضر أو غائب فهو على ما يبتغي العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهي هدر لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبارأى هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بأفقساوية سواء وكذلك جنتاها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جناية بني آدم عليها فحكمها وحكم جناية على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه رهنا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول والله التوفيق يخرج المرهون عن كونه رهنا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشئ لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتين الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتين حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينقض في الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا يساوى الفا بلف فقبضه المرتين ثم جاء الراهن بجارية وقال للمرتين خذاهما مكان الاول ورد العبد الى لاشك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد في الاول وانشاء العقد في الثاني وهما على ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك في يده قبل الرد مهلك بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب يجري مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا برد الاول حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الاول مهلك امانة لان الراهن لم يرض برهنتهما على الجميع وانما رضى برهن أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الاول والاو كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان ولو هلكا جميعا في يد المرتين فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شئ لانها امانة هلكت في يده فتهلك الهلاك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه رهنا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنا بالدين الذي كان العبد رهنا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن باللف وقيمة

الجارية ألف فهلكت تهلك بالألف لأنه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء إلا أن شرط كونه مضمونا رد الأول لأنه لم يرض برهنه ما جميعا إلا أن يكون الثاني بدل الأول بل هو مقصود بنفسه في كونه رهنا فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الأول ولو كان العبد يساوي ألفا والجارية تساوي خمسمائة فرد العبد على الرهن وقبض الجارية فهي رهن بالألف ولكنها ان هلكت تهلك الخمسمائة لما ذكرنا أن الثاني أصل بنفسه لكونه رهنا بعقد على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالأبراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لغيره والمسئلة مرت في مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالإعارة ويخرج بالإجارة بأن أجره الرهن من أجنبي باذن المرتن أو المرتن باذن الراهن أو استأجره المرتن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة إذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بأن باعه الراهن أو المرتن باذن الراهن أو باعه العدل لأن ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لأنه زال إلى خلف وهو الثمن بقي العقد عليه وكذا في كل موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق إذا كان المعتق موسرا بالالتحاق وإن كان معسرا كذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج بناء على أن الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله أن هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتن ولا شك أنه تضمن ابطال حقه لأن حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما إذا كان الراهن موسرا لأن هناك لم يوجد الا بطل لأنه يمكنه الوصول إلى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) أن اعتاقه صادق موقوف هو مملو كدركة فينفذ كاعتاقه لا بقى والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لأن المرهون مملوك للراهن عينا ورقبة أن لم يكن مملو كأياد وحسبا وملك الرقبة يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستأجر والابق وقوله يبطل حق المرتن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وهذا يمنع النفاذ كما في موضع الإجماع مع ما أن التناوب للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتن حق الحبس ولا شك أن اعتبار الحقيقة أولى لأنها أقوى بخلاف البيع لأن نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا لأن القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد في المرهون لأنه في يد المرتن فإذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون رهونا لأنه صار حرا من كل وجه والحرم وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالجزم من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر أن كان الراهن موسرا والدين حال بحجر الراهن على قضائه لأنه لا معنى لإيجاب الضمان وكذلك أن كان الدين مؤجلا وقد حل الاجل وإن كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتن رضا مكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلا لأنه أبطل على المرتن حقه حقا قويا هو في معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماليته من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاتلاف وأما كونه رهنا فلا لأنه بدل العبد وفي الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه وإذا حل الاجل ينظر أن كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فإن كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وإن كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن وإن كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلا لأنه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لأن الاتلاف وجد من الراهن لا من العبد ومؤاخذه الإنسان بالضمان من غير مباشرة سبب منه خلاف الأصل وكذلك لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لأن العبرة لوقت الاعتاق لأنه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وإن كان معسرا فالمرتن أن يرجع بدينه على الراهن إن شاء وإن شاء استسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضا أقل قيمته وقت الرهن وقت الاعتاق ويسعى في الأقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين القين وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فازدادت قيمته في يد المرتن حتى صارت تساوي ألفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما)  
 اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا  
 العبد مملوك للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماله فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتسبة  
 عند العبد فوصلت الى العبد بالتلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجهما منه ولا يمكنه ذلك  
 الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا  
 لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين  
 وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال الاعسار لا في  
 حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد  
 بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من  
 كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكه للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محمية الحبس  
 بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أماله من فسخه (وأما) السعاية في  
 الأقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكه للمرتهن من وجه محتسبة عند  
 العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد يرجع بماسعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص  
 ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال  
 نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي  
 بعد السعاية شيء من الدين يرجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا  
 وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعر حتى عادت قيمة الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى في قدر  
 قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر  
 خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبدا يساوي مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه  
 الراهن وهو معسر يسعى في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما  
 دفع به فقد قام مقام الأول لحماؤهما فصار رهنا بجميع المال كان الأول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو  
 معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع  
 ببقية دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوي ألفا بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو  
 معسر سعى في ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلهما عبدا قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف  
 درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحماؤهما وهي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى  
 لعبد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة  
 رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية  
 على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كالأمر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال  
 لتبويب الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد  
 الاعتاق لانه هناك أقر بما يملك للحال انشاءه والملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا دبره فيجوز  
 تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد  
 الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على  
 ما بينا فاما تقدم وبالتدبير يخرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في  
 حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخي



رحمه الله يسمي وذكرا القاضى في شرحه مختصر الطحاوى انه لا يسعى وسوى بين المرتهن وبين الاعتاق وهو ان  
 الدين ان كان حالا أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن وان كان مؤجلا أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهنا  
 مكانه كما في الاعتاق (وجه) ما ذكره الكرخي ان الدين على المولى وهكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم  
 يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى  
 فيستوى فيه حال الاسعار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه وكسب الحر من كل  
 وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن  
 القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهي حالة الاعسار (وجه) ما ذكره القاضى أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن  
 لا يصنع للعبد في الكتابة بسبب وجوبها اذ لا يصنع له في التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن إيجاب الضمان على من  
 وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من إيجابه على من لا يصنع فيه أصلا ورأسا فاذا كان المولى معسرا كان  
 الامكان ثابتا فلا معنى لإيجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في جميع الدين بالغاما بل لان  
 السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان  
 الدين حالا أو مؤجلا لما قلنا وقيل ان كان الدين حالا فكذلك فاما اذا كان مؤجلا فلا يسعى الا في قدر قيمته ويكون  
 رهنا مكانه وهكذا ذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى (وجه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالا  
 كان واجب القضاء للحال على سبيل التضيق وهذا مال المولى فيقضى منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلا لا يجب  
 قضاؤه للحال أصلا ولا يجب على سبيل التضيق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فتجب اعادة حقه اليه  
 بعوض يقوم مقامه جبراً للقائت فيقدر الجائر بقدر القائت فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهنا مكانه ولا يرجع المدبر  
 بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى في جميع  
 الدين بالغاما بل ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى في الأقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسعى على  
 المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذا القائت  
 بالتدبير ليس الامتفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع  
 بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على  
 الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لا استخراج ملك المرتهن من وجه الاحتبس عنده وهو مال فتقدر  
 السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسرا لانه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطرا  
 فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ما ذكره الكرخي رحمه الله يقع الفرق بينهما في موضع  
 ثالث أيضاً وهو ان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا اعتق او  
 دبر فاما اذا استولد بأن كان الرهن جارية فقبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل  
 واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل محت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له  
 وخرجت عن الرهن (أما) حجة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه والملك من وجهه يكفي لصحة الدعوة فالملك من  
 كل وجه أولى وثبوت النسب حكم حجة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخرج الجارية عن  
 الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الوالد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهنا ابتداء فكذا  
 في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حرأقبل الولد فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية  
 فحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية موضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد محت  
 دعوته وثبت النسب وصار حرأوصارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الا أن هنا  
 صار الولد حرا بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الا أن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المذبر في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك إلا أن هناك ينظر إلى ثلاثة أشياء إلى قيمة العبد وقت الرهن وإلى قيمته وقت الاعتاق وإلى الدين فيسعى في الأقل من الأشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط إلى قيمة الولد وقت الدعوة وإلى حصته من الدين فيسعى في أقلهما إذا كان الراهن معسراً أو يرجع بما سعى عليه

﴿فصل﴾ (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين ألف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن أنه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لأن المرتهن يدعي على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن لأنها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنه بجميع الدين الذي لك على وهو ألف والرهن يساوي ألفاً وقال المرتهن رهنه بخمسمائة والرهن قائم فتدري عن أي حنيفة أن القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لأنهما مختلفان في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لأن الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر وإن اتفقا على أن الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لأن الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا في قيمة الهالك أن القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنه في ثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنه في أحدهما بعينه بخلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لأنهما مختلفان في قدر المعقود عليه وأنه يوجب التحالف كما في باب البيع ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الأصل لأنها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعي البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لأنها تثبت استيفاء الدين وبينه المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لأن الراهن يدعي دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبداً فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفاً فذهب بالاعور النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وإنما زاد بعد ذلك فأنما ذهب من حق الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لأنه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهداً له وإن أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لأنها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع إلى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن المرهون خرج عن كونه مضموناً بنفسه بخروجه عن كونه رهناً بالمبيع وتحول الضمان إلى الثمن فالراهن يدعي تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما إذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت زيادة ضمان وبينه المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة أولى لأن اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن يدعي البيع يدعي خروجه عن الضمان وتحول الضمان إلى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه إذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بأن ادعى أنه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وإن قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصارك أنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان إلى أن تجب عينه أو يصدق له ما ذكرناه أنه كان مضموناً فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل إذا قال بعته بتسعمائة ولا يعلم إلا بقوله لم يكن على العدل الاتسعمائة

ويكون الراهن راهنا بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لأن قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في إسقاط الضمان عن بعض ما يتعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذلك في الأصل إذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينة أنه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة أنه مات في يد المرتهن أخذ بينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ بينة الراهن (وجه) قوله أن بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيه بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الأصل أن بينة المرتهن تثبت أمر الم يكن وهو تحول الضمان من العين إلى الثمن وبينة الراهن تقرر رضانا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

— ❦ — ❦ — ❦ — ❦ — ❦ —

### ❦ كتاب المزارعة ❦

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في معنى المزارعة لغة وشرعا وفي بيان شرعيتها وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يحيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفي بيان الذي يفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة (أما) الأول فالزراعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف إلى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيقه لا بتخليقه وإيجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائط الموضوع له شرعا فإن قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضي وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل أنه يسمى هو مزارعون رب الأرض والبذر ومن لا يعمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل إلا من واحد كالمداواة والمعالجة وإن كان الفعل لا يوجد إلا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أي يؤفكون ولا أحد يقصد مقاتلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثاني أن كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لأن المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو التسبب لحصول النبات وفعل التسبب يوجد من كل واحد منهما إلا أن التسبب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتكفين من العمل بإعطاء الآلات والأسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لو جود فعل الزرع منه بطريق التسبب إلا أنه اختص العامل بهذا الاسم في العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في أصول الفقه

❦ فصل ❦ وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة أنها غير مشروعة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أنها مشروعة (وجه) قوله ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخيل خبير معاملة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي أربعة متوارثة للتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبي حنيفة أن عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وأنه منهي بالنص والمعقول (أما) النص فإروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرافع بن خديج في حائط لا تستأجره بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن فقير الطحان والاستئجار ببعض الخارج في معناه والمنهى غير مشروع (وأما) المعقول فهو أن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول وأنه لا يجوز كافي الاجارة وبه تبين أن حديث خبير محمول على الجزية دون المزارعة ضيائية لدلائل الشرع عن التناقص والدليل على أنه لا يمكن حمله على المزارعة أنه عليه الصلاة والسلام قال فيه أفر كم أفر كم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام محبيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقي ترك الانكار على التعامل وإذا احتمل أن يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال





دفع مرتد أرضه من أجرة إلى مسلم فاما إذا دفع مسلم أرضه من أجرة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضا ما ان دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعهما جميعا من أجرة فعمل المرتد فأخرجت الأرض زرعاً كثيراً ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بخلاف لأن انعدام صحة تصرف المرتد لا عين ردت بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد هنا ليس تصرفاً في ماله بل على نفسه بإبقاء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الأرض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرعاً ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة أن الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الأرض لأن عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للخال فلم تنفذ من أجرته فكان الخارج حادثاً على ملكه لسكونه ناعماً ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهوان هذا الخارج من أكساب ردتته وكسب الردة في عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقاً بالبذر لما مر من قبل فالخاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الأرض لأن ضمان النقصان يعتمد انلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد إذا المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلماً لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بخلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) اذا كانت بين مسلمين ثم ارتد أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بخلاف لأنه لما كان مسلماً وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها فاعا واحداً بالاجماع لأن تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها فاعا واحداً بمنزلة مزارعة المسلمة

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوماً بأن بين ما يزرع لأن حال المزرع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه الا اذا قل له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الأمر إليه فقد رضي بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لأن الداخل تحت العقد ازرع دون الغرس

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى المزرع فهو أن يكون قابلاً لعمل الزراعة وهو أن يؤثريه العمل بالزيادة بمجرد العادة لأن ما لا يؤثريه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضاً فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يحجز كذا قالوا لان الزرع اذا استحصد لا يؤثريه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلاً لعمل الزراعة

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأشياء (منها) أن يكون مذكوراً في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لأن المزارعة استتجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لهما حتى لو شرطاً أن يكون الخارج لا أحدهما يفسد العقد لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعاً للشركة يكون منفسداً للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطاً أن يكون من غيره لا يصبح العقد لان المزارعة استتجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والرابع ونحوه لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجاهالة المفضية إلى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة في الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعاً من الجملة حتى لو شرط لأحدهما قفراً نامعلوماً لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم شركة (أما) معنى الاجارة فلا أن الاجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لأن البذر ان كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو ناعماً ببذره وان كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض وهو ناعماً ببذره فكانت المزارعة استتجاراً للمعامل وأما للارض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

فلأن الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت أن معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج يعني لزوم معنى الشركة لا احتمال أن الارض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا إذا شرط في المضارب سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا إذا ذكر جزأشأوا وشرط معه زيادة أقفزة معلومة أنه لا يصح لما قلنا وعلى هذا إذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا يصح المزارعة لجواز أن لا تخرج الارض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولأن هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لا عين البذر لأن عينه تملك في التراب وإذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لأن قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لأن المضاربة تقتضي الشركة في الربح لا في غيره ودفع رأس المال لا نعدم معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا إذا شرط ما على الماذيات والسواقي لا يصح العقد لأن ما على الماذيات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روي أنهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لأحدهما ما على الماذيات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية أبطله

**فصل** وأما الذي يرجع الى المزرع وفيه وهو الارض فأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو زرقاء لا يجوز العقد لأن المزارعة عقد استجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والزرقاء لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) إذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فإن كانت مجهولة لا تصح المزارعة لأنها تؤدي الى المنازعة ولودفع الارض مزارعة على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعير فكذا يفسد العقد لأن المزرع وفيه مجهول لأن كلمة من للتبعض فيتبع على بعض الارض وأنه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعير لأن التخصيص على التبعض تنصيص على التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعير فكذا اجازلانه جعل الارض كلها ظراً لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانه عدم التجهيل ولو قال على أن أزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لأن المزرع وفيه من الارض مجهول فأشبه ما إذا قال مازرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعير فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال على أنه أن يزرع حنطة فكذا وأن يزرع شعيراً فكذا وأن يزرع سمسماً فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لا نعدم جهالة المزرع وفيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لأنه فوض الاختيار اليه فأي ذلك اختياره يتعين ذلك العقد باختياره فعلاً كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً اجازلانه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيراً اجازلانه فإذا زرع البعض حنطة والبعض شعيراً أولى (ومنها) أن تكون الارض مسلمة الى العامل مخلاة وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة لا نعدم التخلية فكذا إذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعاً لما قلنا ولهذا الوشرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لأنه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا إذا دفع ارضاً وبذراؤ بقر على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لأن صاحب الارض صار مستأجراً للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصحب وشرط العمل على عبده لا يكون شرطاً على نفسه لأن العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وإن كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لأنه يصير مستأجراً للارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وإذا



لا يصح على ما ذكره يكون الخراج له وعليه أجر مثل الأرض والبقر والعبد لأن هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما يذكر في موضعه وكذلك كان شرط عمل رب الأرض مع ذلك كان له أيضاً أجر مثل عمله لأن هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

**فصل** \* وأما الذي يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعتقد عليه في باب المزارعة مقصوداً من حيث إنها اجارة أحد أمرين إما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الأرض وإما منفعة الأرض بأن كان البذر من العامل لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض يصير مستأجر العامل وإذا كان من قبل العامل يصير مستأجراً للأرض وإذا اجتمع في الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فإن حصلت تابعة تحت المزارعة وإن جعلت مقصودة فسدت

**فصل** \* وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فتقول والله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الأرض والبذر والبقر والأجرة من جانب العمل من جانب وهذا جائز لأن صاحب الأرض يصير مستأجر العامل لا غير لي عمل له في أرضه ببعض الخراج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والباقي كله من جانب وهذا أيضاً جائز لأن العامل يصير مستأجر الأرض لا غير ببعض الخراج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض والبذر من جانب والبقر والأجرة من جانب فهذا أيضاً جائز لأن هذا استئجار للعامل لا غير مقصوداً فالأجرة مقصوداً ولا يقابل به شيء من الأجرة بل هي توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لأنه آلة للعمل فلا يقابل به شيء من العمل كمن استأجر خياطاً فطابرة نفسه جاز ولا يقابل به شيء من الأجرة ولأنه لما كان تابعاً للمعقود عليه فكان جاري بحري الصفة للعمل كان العقد عدلاً على عمل جيد والأوصاف لا قسطلها من العوض فأمكن أن تعتد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الأرض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الأرض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يجوز (وجهه) قوله أنه لو كان الأرض والبذر من جانب جعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا إذا كان الأرض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض (وجهه) ظاهر الرواية أن العامل هنا يصير مستأجر الأرض والبقر جميعاً مقصوداً ببعض الخراج لأنه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لا اختلاف جنس المنفعة لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض فبقيت أصلاً بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخراج أصلاً ومقصوداً واستئجار البقر مقصوداً ببعض الخراج لا يجوز لوجهين أحدهما ما ذكرنا أن المزارعة تعتد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الأول لأنه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الأرض ومنفعة العامل والثاني أن جواز المزارعة ثبت بالنص محال للقياس لأن الأجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما إذا كانت الآلة تابعة فإذا جعلت مقصودة يرد إلى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والأرض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضاً لأن صاحب البذر يصير مستأجر الأرض والعامل جميعاً ببعض الخراج والجميع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضاً لما قلناه وروى عن أبي يوسف في هذين الفصلين أيضاً أنه يجوز لأن استئجار كل واحد منهما جائز عند الأفراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الأفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الأرض مزارعة ثم يستعير من صاحبها لي عمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الأرض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضاً لما روي عن هذا وورد الخبر بالفساد فإنه روي أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لا يجوز لأن كل واحد منهما يصير مستأجراً صاحبه في قدر بذره فيجتمع استئجار الأرض والعمل من جانب واحد وأنه مفسد (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والبذر والبقرة من جانب دفع صاحب الأرض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقرة مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شئ فثله لصاحب الأرض وثلاثه لصاحب البذر والبقرة وثله لذلك العامل وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول فاسد في حق العامل الثاني ويكون ثلث الخارج لصاحب الأرض وثلاثه للعامل الأول وللعامل الثاني أجر مثل عمله وكان ينبغي أن تفسد المزارعة في حق الكل لأن صاحب البذر وهو العامل الأول جمع بين استئجار الأرض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الأرض والعامل الأول وإنما كان كذلك لأن العقد فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول وقع استئجار الأرض لا غير وأنه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الأرض والعامل جميعاً وأنه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له وجهان جهة الصحة وجهة الفساد خصوصاً في حق شخصين فيكون صحيحاً في حق أحدهما فاسداً في حق الآخر ولو كان البذر في هذه المسئلة من صاحب الأرض صحت المزارعة في حق الكل والخارج بينهم على الشرط لأن صاحب الأرض في هذه الصورة يعتبر مستأجراً للعاملين جميعاً والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة العقد وإذا صح العقد كان الخارج على الشرط

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعاً فإن جعل مقصوداً في العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار ببعض الخراج ولا تصح الجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة لأن لا تصح إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار العامل ببعض الخراج فكانت الجارة بمنزلة المزارعة لأنها جازت في الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتوقع على أول جزء يخرج من التمرة في أول السنة لأن وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فتفاوت حتى أنه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكره محمد ابن سلامة أن بيان المدة في ديارنا ليس بشرط كافي للمعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخراج لا حدماً لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض لأن ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لأن فيه جعل منفعة البقر معقوداً عليها مقصودة في باب المزارعة ولا سبيل إليه (ومنها) شرط العمل والأرض جميعاً من جانب واحد لأن ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس على ما مر في الفصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لأنه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية لأن الزرع لا يحتاج إليه إلا ليعتلق به صلاحه والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وإدراكه وجفافه مما يرجع إلى إصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الأنهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع أن ما هو المقصود من الزرع وهو التمتع لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع وإدراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه خلوص الحب وتقنيته يكون بينهما على شرط الخراج لأنه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضاً مزارعة وفيها زرع قد استحصلا لا يجوز أن تقضاه وقت عمل المزارعة إذا عمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيد وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاحتراز المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبي يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البذر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا عا وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سامة من مشايخ خراسان والجذاذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) في ظاهر الرواية فلا يشك وأما على رواية أبي يوسف فلا نعدم التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمع على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله وجملة ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه أما ان شرط أن يكون التبن بينهما وأما ان سكتا عنه وأما ان شرط أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرط أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لانه شرط مقرر مقتضى العقد لان الشركة في الخراج من الزرع من معاني هذا العقد على ما مر وان سكتا عنه يفسد عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما ما ذكر الطحاوي ان محمد أرجع الى قول أبي يوسف (وجه) قول محمد ان ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبي يوسف ان كل واحد منهما أعنى الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وذما فسد بالاجماع فكذا هذا وان شرط أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطه لصاحب البذر جازو يكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نعمة ملكه فالشرط لا يزيد الا تأكيذا وان شرطه لمن لا بذره ففسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نعمة ملكه ونعمة ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذره من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وذما فسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبق أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الخائط والسرقد واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبق أثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو في الاصل من وجهين (أما) ان شرطاه في العقد وأما ان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا فستدكره في حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطاه في العقد فلا يخلو ايضا من وجهين أما ان شرطاه مطلعا عن صفة التثنية وأما ان شرطاه مقيدا بها فان شرطاه مطلعا عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبق الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقي على وجهه لا يبق له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطاه مع التثنية ففسدت المزارعة لان التثنية إما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكر وبه وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه السنة وأما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبق أثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان في موضع لا يبق لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولودفع الارض مزارعة على أنه ان زرعا بغير كراب فلمزارع الربيع وان زرعا بكراب فله الثلث وان كرهما وثناها فله النصف فهو جازع على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغي أن يفسد هذا الشرط واذا عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم يحجوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع في الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بشين فهو جازع والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية في كل الارض عند اختياره ذلك يصح في البعض بالطريق الاول

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يحيزها فتقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام



(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع ان العقد تناوله وقد بيناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقة وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يخص به المزارع (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيئا فلا شيء لواحد منهما الا اجر العمل ولا اجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل وان لم تخرج الارض شيئا والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء وللواجب في المزارعة الفاسدة اجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لا في جانب صاحبه لو امتنع بعدما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا أريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذراً أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يتمتع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضى في العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه اذا انسان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى ايهم اتلاف ملكهم فكان الشروع في حقهم ملزماً ولا ينفسخ الا من عذر كما في سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أو لم يكن بها لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما نذكره في حكم المزارعة المنفسخة ان شاء الله تعالى ومنها ولا يجر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرط الكراب في العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاً يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعاً معتاداً يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلاً أو يخرج ولكن شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بماء السماء ويخرج زرعاً معتاداً بدون السقي لا يجبر على السقي وان كان مع السقي أجود فان كان مالم لا يكتفى به يجبر على السقي لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والخط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كلما احتمل انشاء العقد عليه احتمال الزيادة ومالا فلا والخط جائز في الحالين جميعاً كما في الزيادة في الثمن في باب البيع اذا عرف هذا فنقول الزيادة والخط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما أن يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما أن يكون البذر من قبل المزارع واما أن يكون من صاحب الارض بعدما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعدما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلاً فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضى به صاحب الارض لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترى انهما لو أنشأ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثاني حط من الاجرة وانه لا يستدعي قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جازلنا هذا اذا زاد أحدهما بعدما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضاً بخلاف الفصل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المزارعة الفاسدة فأشأن (منها) انه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لان

وجو به بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحققه صاحب الملك ولا يلزمه التصديق بشئ لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجر للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجر للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض ويطيب ذلك له لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصديق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجرة في الاجارة الفاسدة لا تجب بالتحقيق والاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجارات (ومنها) ان أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم يخرج الارض شيئا بعد ان استعمالها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذ لم يخرج شيئا لا يجب شيء لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجرة وهو حصص كل واحد منهما مساوية في العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تملك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البذل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع ايضا فاذا لم يصح العقد لقوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البذل الاصل المنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البذل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغاما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البذل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ماضى بالزيادة على المسمى والا أجر ماضى بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البذل مسمى في العقد لان البذل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

﴿فصل﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع الى صاحب الارض وبعضها يرجع الى المزارع (أما) الاول الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين القادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضى الارض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

وفيه رعاية الجانين فكان أولى ويطبق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المثل وانه غير مماطل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع بردي الى الحبس ثانيا لبيع أرضه ويؤدي دينه بنفسه ولا فيبيع القاضي عليه (وأما) الثاني الذي يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف ما لا يعنى من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره وما منع منعه من العمل على ما عرف في كتاب الاجارة

**فصل** ﴿ وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع (منها) القسح وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ القسح والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح القسح والاقالة وأما الدلالة فنوعان الأول امتناع صاحب البذر عن المضى في العقد بان قال لا أريد مزارعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم في حقه فكان سبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخا منه دلالة والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة وبيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فجرحه المولى قبل المزارعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لقوات المعقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن ينفسخ ما لا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهي باطل وكذلك نهى الاب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهى عن الزراعة والفسخ بعد ما من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهت العقد وهو معنى الانفساخ (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو قبل لان العقد أقاد الحكم له دون وراثته لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا لضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حدا الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

**فصل** ﴿ وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول والله التوفيق لا يخلو من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة فلا شيء للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسينات بأي طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح القسح أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان القسح يظهر أثره في المستقبل بانتهاء حكمه لا في الماضي فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا شيء وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى في العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التعزير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب في صريح القسح ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد يظهر أثره في المستقبل لا في الماضي فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما) العمل فيما بقي الى وقت الحصاد



عليهما لانه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض لان العقد قد انفسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الارض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الارض والمزارع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت الا انا بقينا تقديرنا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الارض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديرنا فاذا بقى العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحدهما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع ولو أراد صاحب الارض أن يأخذ المزارع بقل لم يكن له ذلك لان قيمه ضرا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقل فصاحب الارض بين خيارين ثلاث ان شاء قلع المزارع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من المزارع وان شاء اتفق هو على المزارع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما اذا مات رب الارض بعد ما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت المزارع وصار بقل ترك الارض في يد المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان في الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفي القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرنا في هذه السنة في هذا المزارع وان مات المزارع والمزارع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الارض فلا امر الى ورثة المزارع لان في القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الارض في الترك الى وقت الادراك واذا ترك لأجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرنا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع المزارع لم يجبروا على العمل لان العقد ينفسخ حقيقة الا انا بقينا باختيارهم نظرنا لهم فان امتنعوا عن العمل بقى المزارع مشتركا فاما أن يقسم بينهم بالخصص أو يعطيهم صاحب الارض قدر حصتهم من المزارع البقل أو ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

### كتاب المعاملة

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخراج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خبير انه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم لمعاملة ولا بنى حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخراج وانه منهي عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خبير فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا في كتاب المزارعة وأما الشرائط المصححة لها على قول من يميزها فاذكرنا في كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر في كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين في قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخراج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخراج كله للدافع لانه نساء ملكه وللاخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخراج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخراج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق فالخراج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر في المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فأما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخراج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتد دفعا واحدا

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمرة بالعمل فإن كان المدفوع نخسلا فيه طلع أو سر قد احمر أو اخضر إلا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وإن كان قد تناهى عظمه إلا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لانه اذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرط أن يكون لاحدهما فسدت لماعلم (ومنها) أن تكون حصصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لماعلم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة (ومنها) التسليم الى العامل وهو التخليه حتى لو شرط العمل عليهما فسدت لانعدام التخليه فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرط الان ترك البیان يؤدي الى الجهالة كافي المزارعة الا انه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى انه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتي محمد بن سامة على ما مر في المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة ثابتة ولم يسم المدة فإن كان شيئا ليس لابتداء نباته ولا لانتهاؤه جده وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وإن كان وقت جده معلوما يجوز ويقع على الجدة الاولى كافي الشجرة المثمرة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطف على العامل بلا خلاف لانه ليس من المعاملة في شيء ولا لانعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقة ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليب الارض وما أشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات العقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل أجير رب الارض واستتجار الانسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن في المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستتجار لعمل فيه الاجير شريك المستأجر واذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لان الارض اذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلث الخارج انه تجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستتجار للعمل في شيء والاجير فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لبثت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشيء من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرط أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أغنى من الشرعيين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستتجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشتري ما يلحق به النخل فاشتراه رجوع عليه بنصف ثمنه لانه اشتري مالا متقوما على الشركة بامر فيرجع عليه وسواء كان العامل في عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله الى رجلين معاملة بالتصيف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لاحدهما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض والاخر ثلث الخارج ولرب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجره مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرط صاحب النخل الثلث ولا أحد العاملين الثلثين وللا آخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة أن من دفع الأرض مزارعة على أن يرب الأرض الثلث والمزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلاث الخراج أن المزارعة جائزة بين رب الأرض والمزارع فاسدة في حق الثالث لأن المعاملة استتجار العامل والاجر تجب على المستأجر دون الاجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فاذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل اليه ففسد العقد وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة لانه صرح فيما بين صاحب الأرض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففسد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى

**فصل** وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجزها فأشياء (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع العقود عليه فيتناوله العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقي وتقليم الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما لأن العقد لم يتناولها لانه مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطف لأن ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخراج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيئا فلا شيء ولو احدث منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لا يزم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقدر الفرق (ومنها) ولا يجبر العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والا صل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا والحط جائز في الموضعين أصله بالزيادة في الثمن والمثلن فاذا دفع تخلفا بالنصف معاملة فخرج الثمر فان لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لأن الانشاء للعقد في هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسرجازت الزيادة من العامل رب الأرض شيئا ولا تجوز الزيادة من رب الأرض للعامل شيئا لأن هذه الزيادة في الاجرة لأن العامل أجير والحل لا يحتمل الزيادة الا ترى انه لا يحتمل الانشاء الا بالاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الأرض اعمل فيه برأيك لأن الدفع الى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصيح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفعت العامل الى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الا بالاول ولأن استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الا بالاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر في يد العامل الاخير من غير عمله وهو في رأس النخل فلا ضمان على واحد منهما الا نعدام الغصب من واحد منهما وهو تقويت يد المالك ولو هلك من عمله في أمر خالف فيه أمر العامل الا بالاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الا خردون الا بالاول لأن الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقى متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الا بالاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه اذا لم يوجد منه بخلاف بقى عمله مضافا اليه كأنه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثاني لانه في معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الا بالاول لم يرجع على الآخر بشي لانه عمل بأمر الا بالاول فلورجع عليه لرجوعه عليه أيضا فلا فيدوان اختار تضمين الآخر يرجع على الا بالاول لانه غرد في هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما اذا قال وشرط النصف فدفعه الى رجل آخر بثلاث



الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذکر محمد رحمه الله في الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوماً وشرط الاول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

﴿فصل﴾ وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها في المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا في المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يفتق على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئاً بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق في كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب بمقدار المسمى لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاماً وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهم مسمية في العقد فان لم تكن مسمية في العقد يجب أجر المثل تاماً بلا خلاف وقد مرّت المسئلة في كتاب المزارعة

﴿فصل﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخاها ذكرنا في كتاب المزارعة ومن الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقاً معروفاً بالسرقة فيخاف الثمر والسعف

﴿فصل﴾ وأما الذي يفسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر في كتاب المزارعة

﴿فصل﴾ وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

### كتاب الشرب

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعاً وفي بيان أنواع المياه وفي بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب في اللغة عبارة عن الخط والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدل محمد رحمه الله في كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفي عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقي وأما بيان أنواع المياه فنقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذي يكون في الاواني والظروف والثاني الماء الذي يكون في الابار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التي تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لاحد فيه لان الماء وان كان مباحاً في الاصل لكن المباح يملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكاً لغيره كما اذا استولى على الخطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقائر ويبيعون المياه المحروزة في الظروف به جرت العادة في الامصار وفي سائر الاعصار من غير تكثير فلم يحل لاحد أن يأخذ منه فيشرب من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فبإلته فنعته فان لم يكن عند فضل فليس له أن يقتله أصلاً لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فلم يمنع أن يقتله لياخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابته نخصة وعند صاحبه فضل طعام فبإلته فنعته وهو لا يجد غيره وأما الثاني الماء الذي يكون في الحياض والابار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح في نفسه سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء في الاصل خلق مباحاً قول النبي عليه

الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضي الاباحة الا انه اذا جعل في اناه  
 وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لا حد فيصير مملوكا للمستولى كما في سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم  
 يوجد ذلك بقي على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع  
 الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقى دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى  
 عن منع نبع البئر وهو فضل مائها الذي يخرج منها فلم ينه عن بيعها بل نهى عن بيعها لغيرهم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم  
 فله أن يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلاً الا اذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن  
 الدخول في أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله أن يدفع الضرر عن  
 نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا واخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم  
 ومنعهم من الدخول لهم ان يقتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يدفع به الهلاك عنهم والا صل فيه ما روى أن قوما وردوا  
 ماء ففسأوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلو فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع  
 فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الاواني والطعام حالة  
 الخمصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا  
 ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فاذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك  
 وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لاقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء  
 وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر أما الذي يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لا حد لما ذكرنا  
 أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالا حراز بالاواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقني  
 يومان نهر كذا على أن أسقيك يومان من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً أو اجارة الشرب بالشرب  
 وكل ذلك لا يجوز ولا يجوز اجارته لان الاجارة تملك المنفعة لا تملك العين بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضاً  
 أو بئراً لاسقني منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليعيد منه السمك لان هذا استئجار  
 السمك وكذا لو استأجر أجمة ليعتبط لان هذا استئجار الخطب والا عيان لا تحتل الاجارة وليس لصاحب  
 النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع والأشجار لان له فيه حقاً خاصاً وفي  
 اطلاق السقي ابطال حقه لان كل أحد يتبادر اليه فيسقى منه زرعاً وأشجاره فيبطل حقه أصلاً ولو أذن بالسقي  
 والنهر خاص له جاز لانه ابطال حق نفسه وأما الذي يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفرداً بأن باع شرب يوم  
 أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقي والحق لا تحتل الا افراد بالبيع والشراء ولو اشترى به داراً وعبداً  
 وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة ولا شيء  
 على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض ويجوز ان يجعل الشيء تبعاً لغيره  
 وان كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الارض بالتسمية صريحاً أو بذكر  
 ما يدل عليه بان يقول بعثا بحقوقها أو بمراقبتها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر  
 شيئاً من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا يجوز اجارته منفرداً لان الحقوق  
 لا تحتل الاجارة على الافراد كما لا تحتل البيع وكذا الوجه له أجره في اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان  
 الاجرة في باب الاجارة كالثمن في باب البيع وانه لا يصلح ثمن في البياعات فلا يصلح أجره في الاجارات ولو انتفع  
 بالدار والعبد لزمه أجر مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقد فاسد أفيلزمه أجره المثل كما في سائر الاجارات  
 الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر  
 الشرب والمسيل أصلاً فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الاستحسان كانه لا ويدخل تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تملك العين والعين تحتل الملك بدونه ولا يجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تملك والحقوق المقررة لا تحتل التملك ولا يجوز الصلح عليه بان صلح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس ومادونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العفو لما ذكرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفي مع الشبهات وتجب على القاتل والجراح الدية وارش الجنابة ولا تصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تملك وأنه لا يحتل التملك واذا لم تصح التسمية بحجب العوض الاصل وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته في معرض التملك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فمن حيث انه لم يحتل التملك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصلي في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البذل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورثه لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل يثبت في حق الملك كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقي أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تملكها لكنها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وانما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لم يحتل التملك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلف في قدر الشرب ولا بينة لاحد منهم تحكم الاراضى فيكون الشرب بينهم على قدر اراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود اذا المقصود من الشرب السقي والسقي يختلف باختلاف الاراضى والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب مالم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه روبة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحي أو دالية أو سانية نظريه فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الارضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فلا يصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقيين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أرادوا واحد من الشركاء أن يحفر نهر أصغر آمن النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحياها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الارضا هم لان الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجرا عيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحي فان كان موضع البناء مملوكا له والماء يدري الرحي على سببه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا أو تقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير



وصول حقيم اليهم بالتعريج كما اذا حفر نهر في أرضه وأراد أن يرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد  
 أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لأحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم  
 لأن القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شر يمين له خمس كوى من النهر  
 الا عظم ولا حد الشر يمين أرض في أعلى النهر ولا آخر أرض في أسفله فأراد صاحب الا على أن يسد شيئا من تلك  
 الكوى لما يدخل من الضر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شر يمينه لا يتضرر به شر يمينه فلا يجوز له دفع الضر  
 عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهيا حتى يسد في حصته ما شاء لم يكن له ذلك الا برضا الشر يمينه لما قلنا وان  
 تراضيا على ذلك زمانا ثم بدا لصاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لأن المراضاة على ما لا يحتمل التملك تكون  
 مهايأة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنب اليها كوة وحفر نهر آمنه الى أرضه  
 برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدا لأحدهما أن ينقض فله ذلك لأن العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات  
 لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الا عظم ولكل رجل نهر من هذا النهر  
 فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الا على انكم تأخذون أكثر من نصيبكم  
 لأن دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتيها الا وهو قليل فأرادوا المهايأة أياما معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء  
 والنهر على حاله لأن ملكهم في رقبة النهر لا في نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لأنه  
 يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز لأن الكوى  
 من حقوق النهر فيملكه بملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الا عظم بين قوم  
 تخافوا أن ينشق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عما يحجرون على أن يحصنوه بالحصص وان  
 لم يكن فيه ضرر عام لا يحجرون عليه لأن الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التخصيص من باب دفع  
 الضرر عن الجماعة فيلزم وإذا لم يكن الضرر عاما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتخصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع  
 بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الأرض والنهر في مسنة فالمسنة  
 لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله لأن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد  
 المسنة لصاحب النهر حر يملكه وله أن يغرس فيها ويلقى طينه ويحجاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر  
 والأرض حائل من حائط ونحوه كانت المسنة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على  
 أن النهر هل له حر أم لا بأن حفر رجل نهر في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حر يملكه وعندهما له حر  
 (ووجه) البناء عليه انه لم يكن للنهر حر يملكه عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد صاحب الأرض فكان القول  
 قوله ولما كان له حر يملكه عندهما كان الظاهر شاهد صاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححو البناء وقالوا  
 لا خلاف أن للنهر حر يملكه في أرض الموات لأن للبئر والعين حر يملكها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام  
 انه جعل لهما حر يملكهما الى الحفر لتعذر الانتفاع به بدون الحفر لأن حاجة النهر الى الحر يملكها البئر والعين  
 بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حر يملكها للنهر من طريق الاولى دل أن البناء على هذا الاصل غير  
 صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجه) قوله انهما لم يكن للنهر حر يملكه بالاتفاق كان الظاهر شاهد صاحب النهر  
 فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا  
 ولا يبي حنيفة أن المسنة اذا كانت مستوية بالأرض فالظاهر انها ملك صاحب الأرض اذ لو كانت حر يملكها للنهر  
 لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهد لصاحب الأرض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب  
 النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط لا نسان عليه جذوع  
 لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشقة في الكرى

شئ لأن هذا من حقوق الملك ولا ملك لأهل الشفة في رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط  
واختلف في كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكون من أعلاه وإذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان  
الكرى على من بقي وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله إلى آخره بمخصص الشرب والاراضي حتى  
أن النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيتهم عليه لا آخر كرى فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم  
على كل واحد منهم العشر فإذا جاوزوا شرب الأول سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على تسعة أسهم فإذا جاوزوا  
شرب الثاني سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبي حنيفة (وأما) عندهما  
قال كرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر إلى أسفله (وجه) قول أبي حنيفة أن الكرى من حقوق الملك والملك  
في الأعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر إلى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب  
الأعلى فيه إنما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت  
مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شيء على أهل الشفة لأن الملك لأصحاب النهر ولا أهل الشفة حق الشرب وسقي  
دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما)  
الأنهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لأحد فيها ولا في رقبة النهر وكذا ليس لأحد حق خاص  
فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن يتنفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها إلى  
أرضه بأن أحياء أرضاً ميتة بأذن الإمام له أن يشق إليها نهر من هذه الأنهار وليس للإمام ولا لأحد منعه إذا لم يضر  
بالنهر وكذا أنه أن ينصب عليه رحي ودالية وسانية إذا لم يضر بالنهر لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد فلا تثبت  
الاختصاص بها لأحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشرطة عدم  
الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة وإن أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه ما يبين أنه حق لعامة المسلمين  
واباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الأعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو  
نهر عظيم أحيا رجل أرضاً كانت مواتاً فخر لها نهر فوق مرو من موضع ليس بملكه أحد فساق الماء إليها من ذلك  
النهر فقال أبو يوسف إن كان يدخل على أهل مرو ضرر في ما هم ليس له ذلك وإن كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن  
يمنعوه لما قلنا وسئل أيضاً إذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد فيها فقال إن زاد في ملكه وذلك  
لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له  
ذلك وإن كان لا يضر بالنهر (وجه) الفرق أن الزيادة في الفصل الأول تصرف في حق مشترك بين العامة وحرمة  
التصرف في حقوق العامة لا تثبت إلا بشرطة الضرر والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة  
الماء في النهر والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمة على الضرر بالملك هو الفرق ولو جزماء هذه الأنهار عن  
أرض فليس لمن يليها أن يضمها إلى أرض نفسه لأنه يحتمل أن يعود ماؤها إلى مكانه ولا يجد إليه سبيلاً فيحمل على  
جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستتر أحد بحمل الماء عليه فله  
ذلك ويملكه إذا أحياء بأذن الإمام أو بغيره فإنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الأنهار إلى الكرى فعلى  
السلطان كراها من بيت المال لأن منفعتها العامة للمسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام  
أخرج بالضمان وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان إصلاح مستأمنها من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

### ﴿كتاب الاراضي﴾

الكلام في موضعين في بيان أنواع الاراضي وفي بيان حكم كل نوع منها (أما) الأول فالاراضي في الاصل  
نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضاً نوع هو من

مرافق البلدة محتطبهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضي المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذي انقطع مأوها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا أنها اذا كانت خرابا فلاخراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستئناء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فحكمها حكم اللقطة يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلا الذي بنيت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحب الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه اذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والكلا اسم لحشيش بنبت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء الحر في الاواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضيء دائم الحركة علواً فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لان النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجر فليس بنا وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يجده في موضع آخر له أن يمنع من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذي في الآبار والعيون والحياض التي في الاراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولودخل انسان أرضه بغير إذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تحتمل الاجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب والجواب في الكلا في البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوك في حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة في حكم السمك لان السمك أيضاً مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك في حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفسه الخطر لوجود الاستيلاء واثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت في أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للآخذ لا لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذ له وكراً أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا له يسترده من الآخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك في المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والآخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذ له وكراً وكذلك صيد النجا الى ارض رجل أو دره فهو للآخذ لا قلنا ولورد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لنا نصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل بازي انسان بغير أذنه فاخذ صيداً أو أغرى كلباً لا انسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغرى لا لصاحبه ولو نصب قسطاً طاء صيد فتعقل به فهو للآخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضح للشئ ١ كتناسب له (فاما) نصب القسطا فموضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء



والأخذ حقيقة ولو حفر حفرة فوق فيها صيد فإن كان حفرها لا اجتماع الماء فيها فهو لا أخذ لأنه بمنزلة الاصطياد وإن كان حفرها الاصطياد بها فهو بمنزلة الشبكة (وأما) الأجسام المملوكة في حكم القصب والخطب فليس لأحد أن يحتطب من أجمة رجل إلا بآذنه لأن الخطب والقصب مملوكان لصاحب الأجمة يبتان على ملكه وإن لم يوجد منه النباتات أصلاً بخلاف الكلا في المروج المملوكة لأن منفعة الأجمة هي القصب والخطب فكان ذلك مقصوداً من ملك الأجمة فيملك بملكها (فأما) الكلا فغير مقصود من المروج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقاراً رعى أجمة مملوكة لا نسان فليس لذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الأجمة القصب والخطب وهما مملوكان لصاحب الأجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلا في المروج لأنه ثبت على الأباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز لدفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والأصل المحفوظ فيه أن القصب والخطب يملكان بملك الأرض والكلا لا (وأما) ما لا يثبت عادة إلا بصنع العبد كالقمة والقصيل وما بقي من حصاد الزرع ونحو ذلك في أرض مملوكة يكون مملوكاً لصاحب الأرض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لأن النباتات يعد اكتساباً له فيملكه ولأن الأصل أن يكون من المملوك مملوكاً إلا أن الأباحة في بعض الأشياء تثبت على مخالفة الأصل بالشرع والشرع ورد بها في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (وأما) أرض الموات فالكلام فيها في مواضع في تفسير الأرض الموات وفي بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه إذا ملك (أما) الأول فالأرض الموات هي أرض خارج البلد يمكن ملكاً لا حدوداً لحقه خاصة فلا يكون داخل البلد موات أصلاً وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطاً بها لأهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتاً حتى لا يملك الإمام إقطاعها لأن ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كفناء دارهم وفي الإقطاع إبطال حقهم وكذلك أرض الملح والتار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للإمام أن يقطعها لحدانها حق لعامة المسلمين وفي الإقطاع إبطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيداً من العمران شرطه الطحاوي رحمه الله فإنه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله أن أرض الموات بقعة لو وقف على أديانها من العامر رجل فنادى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى أن بجراً من البلدة جزر ماؤه وأجمة عظيمة لم تكن ملكاً لأحد تكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن الموات اسم لا ينتفع به فإذا لم يكن ملكاً لأحد ولا حقاً خاصاً لم يكن منتفعاً به كان بعيداً عن البلدة أو قريباً منها (وأما) بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات فالإمام يملك إقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك إلى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للإمام ككرى الأنهار العظام وإصلاح قناترها ونحوه ولو أقطع الإمام الموات أنساناً فتركه ولم يعمره لا يتعرض له إلى ثلاث سنين فإذا مضى ثلاث سنين فقد عاد مواتاً كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمتجر بعد ثلاث سنين حق ولأن الثلاث سنين مدة لا بلاء إلا عذار فإذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فبطل حقه وتعود إلى حالها مواتاً وكان للإمام أن يعطيها غيره (وأما) بيان ما يثبت به الملك في الموات ومالا يثبت ويثبت به الحق فالملك في الموات يثبت بالأحياء باذن الإمام عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الأحياء واذن الإمام ليس بشرط (وجه) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحي من غير شريطة اذن الإمام ولأنه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الإمام كما لو أخذ صيداً أو حشاً كلاً وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تثبت عروق أشجار انسان في أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض قلبها حشيشاً ولا ي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه فاذا لم يأذن فلم تطلب نفسه به فلا يكون له ولان الموات غنيمه فلا بد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمه اسم لما أصيب من أهل الحرب بالجفاف الخليل والركاب والموات كذلك لان الارض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والخطب والحشيش لانها لم تكن في يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبت اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعا ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في إيجاب السلب للقاتل على ما ذكر في كتاب السير أو يحتمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل وملك الذمي بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو حذر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضوح أحجار أو خط حولها ير يد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزججه لانه سبقته يده اليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة قال النبي عليه الصلاة والسلام مني مباح من سبق وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزججه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الا امام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (وأما) بيان حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحریم والثاني الوظيفة من العشر والخراج أما الاول فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحریم والثاني في قدره (أما) أصله فلا خلاف في أن من حفر بئر في أرض الموات يكون لها حریم حتى لو أراد أحد أن يحفر في حریمه له أن يمنعه لان النبي عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حریماً وكذلك العين لها حریم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حریماً (وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحریم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطقت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحریم بئر العطن أربعون ذراعاً بالاجماع نطقت به السنة قال النبي عليه الصلاة والسلام وحریم بئر العطن أربعون ذراعاً وأما حریم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبي حنيفة رحمه الله أربعون ذراعاً وعندهما ستون ذراعاً احتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال وحریم بئر الناضح ستون ذراعاً (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ولم يوجد منه احياء الحریم وكذا اذن الامام يتناول الحریم مقصوداً الا أن دخول الحریم لحاجة البئر اليه وحاجة الناضح تندفع باربعين ذراعاً من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك في بئر خاص ولا امام ولا ية ذلك (وأما) حریم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره فعند أبي يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه (وأما) النهر اذا حفر في أرض الموات فتم من ذكر الخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حریماً بلا خلاف لما قلنا (وأما) الثاني حكم الوظيفة فان احياءها مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية وان كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال محمد ان احياءها بماء العشر فهي عشرية وان احياءها بماء الخراج فهي خراجية وان احياءها ذمي فهي خراجية كيف ما كان بالاجماع وهي من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم

### كتاب المفقود

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله (أما) الأول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿فصل﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين أمره أنه كانه حي حقيقة وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن وماله في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لبقائه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتتبع الحاجة إلى الإثبات واستصحبنا الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم محتمل أنه حي ومحتمل أنه ميت وهذا يمنع التوارث والبيئونة لأنه أن كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين أمره أنه وان كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والأثر من الجانبين أمر لم يكن ثابتا يتيقن وقوع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البيئونة على الأصل المهور في الثابت يتيقن لا يزول بالشك وغير الثابت يتيقن لا يثبت بالشك فإذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله أنه حي أم ميت لا احتمال الحياة والموت للحال حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا وابننتين وابن وطلمت الابنتان الميراث فإن القاضى يقضى لهما بالنصف ويوقف النصف الثانى إلى أن يظهر حاله لأنه ان كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا يتيقن في دفع ذلك اليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله فان لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا الوأوصى له بشئ يوقف وكذا إذا فقد المرتد ولا يدري أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصنع بماله فالذى يصنع أنواع منها أن القاضى يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لأنه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضى نظرا له كي يحفظ مال الصبي والمجنون الذى لاولى لهما ومنها أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذى في يده مودعه ومضاربه ليحفظه لأن يده ما يندى به عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة إلى حفظ القاضى ومنها أنه يتفق على زوجته من ماله أن كان عالما بالزوجة لأن الاتفاق عليها أحياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها أنه يتفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الإناث سواء كن زمنى أو لا وعلى والديه المحتاجين أن كان عالما بالنسب لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية أحياء لهم وأحياء نفسه واجب فكذا أحياء جزئه وكله فكان الاتفاق عليهم من ماله أحياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضى وإن لم يعلم القاضى بالزوجة والنسب فأحضروا رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فاقر الرجل بذلك وبالزوجة والنسب أثق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا مرة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقران هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الأخذ وكذا فى الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الأخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضى ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضى ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا فى كتاب النفقات ولو أخذ القاضى منهم كفيلا كان حسنا لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البيئة على أنه كان طلق أمره أو



كان اعطاهم النفقة معجلة هذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعاً أو أقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب في اثبات الزوجية وإيجاب النفقة عليه وكذلك الاولاد والوالدون والمرأة ليسوا خصماء للغائب في اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيئاً فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلقة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم الا ترى انهم ليس لهم أن يدعوا أيديهم في أخذوا من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الاتفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضي ان ينفق منه ثم القاضي انما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا اذا كان المال دراهم أو دنائير أو طعاماً أو ثياباً من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الاتفاق الا بالبيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الاتفاق فافتقر الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيعاً بصورة فهو حفظ وامساك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير اذن القاضي بالاجماع وأما المتقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي وعندهما لا يبيع المتقول كما لا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امرأته ويصير ماله ميراثاً لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديراً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذو كرمحمد في الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاته أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدره يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا قامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

### ﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفاً وفي بيان حاله وفي بيان ما يتعلق به من الاحكام أما في اللغة فهو فاعل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخذ فيرفع وأما في العرف فتقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه اني أراي أعصر خمراً وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمي العنب خمراً والحي الذي يحتمل الموت ميتاً باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في النسب أما حاله في الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط حراً ولان الاصل هو الحرية في بني آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا واما حدث الرق في البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر  
 الباعث على الحراب فيجب النسل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الاحرار من أهلية  
 الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه  
 لا يحد قاذف أمه لان احصان المقدوف شرط انعاده توجب على القاذف ولم يعرف احصانها لان عقاد القذف عليه  
 لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا بينه لان حر يته ثابتة من حيث الظاهر فلا  
 يقدر على ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فأقر انه عبد فلا نظر في ذلك ان كان لم يجز عليه شيء من أحكام الاحرار  
 بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لا نه لم تعرف حر يته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق  
 فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذب فصح اقراره الا انه لا يعتبر في ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة  
 والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنسخ وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في  
 أحد قوليه ينسخ (وجه) قوله انه لم أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البينة  
 على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حر يته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير  
 لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا تضمن ابطال حقة حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك  
 الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا  
 كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لان الشاهد غير متهم في شهادته على غيره فاما المقر في اقراره على غيره فمتهم فهو  
 الفرق وان كان قد أجرى عليه شيء من ذلك لا يصح اقراره لا نه اذا أجرى عليه شيء من أحكام الاحرار فقد ظهرت  
 حر يته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها بالاقرار بالرق وأما حاله في الاسلام والكفر فان وجده  
 مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر  
 المسلمين وان وجده ذمى في يعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكيما للظاهر كما اذا وجده مسلم في يعة  
 أو كنيسة أو في قرية من قري أهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمى في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم  
 يكون مسلما كذا ذكر في كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سماعه عن محمد انه اعتبر حال الواحد  
 من كونه مسلما أو ذميا وفي كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى أيهما نسب الى الواحد أو الى المكان والصحيح رواية  
 هذا الكتاب لان الموجود في مكان هو في أيدي أهل الاسلام وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد المسلم  
 وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو  
 في يد الذمى وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين فبلغ  
 كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكمه تبع الدار فلم تتحقق رده فلا يقتل  
 وأما حاله في النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه  
 لما علم في كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روى أن رجلا  
 أتى سيدنا عليا رضي الله عنه بلقيط فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب الى من  
 كذا وكذا عدد جملة من أعمال الخير فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير  
 على المبالغة في الندب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هي في مضیعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى  
 ومن أحياءها فكأنما أحياء الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بأمره من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه  
 هو الذي أحياءه بالتقاطه ومن أحياء أرضامية فهي له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت  
 يد الملتقط اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان ثقتته من بيت المال لان ولاه  
 له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كشيائه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الاتفاق من بيت المال  
 للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان يتفق عليه من مال نفسه لا نعدام السبب الموجب للنفقة عليه  
 ولو اتفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه  
 ومنها ان عقله لم يمت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان  
 ولاعه لم يمت المال لما قلنا ومنها ان له ان يوالي من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يوالي أحد الا ان  
 العقد يلزم بالعقل على ما ند كرفي كتاب الدييات ان شاء الله تعالى لما علم في الولاء ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله  
 ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولي  
 من لا ولي له والخال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس  
 للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة  
 له ويسلمه في صناعة ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضه اليه  
 من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعي محتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما أتى  
 في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبيته نسبه منه والقياس ان لا تسمع  
 الابنية وجه القياس ظاهر لانه يدعي أمر اجاز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح  
 وذلك بالبينه ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والخبر به محتمل  
 الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالخبر هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهما في التصديق وثبات  
 النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب  
 المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعي في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل  
 ينتفع به لا يقف على البينه وسواء كان المدعي مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمى تصح دعوته حتى ثبتت نسبه  
 منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا  
 ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفع اللقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضرابا وهو كونه  
 كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد  
 منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم باسلامه وباسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا اذا أقر الذي انه ابنه ولا بينة له فان  
 أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه  
 متهم في اقراره بما تتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة في الشهادة لما مر ولو ادعى عبدا انه ابنه تحت دعوته  
 وثبتت نسبه منه لكنه يكون حر الماذكر نافي دعوى الذي لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو  
 الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي ولو ادعاه رجلا انه ابنه ولا بينة لهما فان كان أحدهما  
 مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه أنفع للقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه أنفع له  
 وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع  
 الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما  
 بالعلامة لانه اذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه ساقطة فلا بد من دليل والدليل على جواز  
 العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبر أعن أهل تلك المرأة ان كان قيصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان  
 كان قيصه قد من دبر فكذب وهو من الصادقين فلما رأى قيصه قد من دبر قال انه من كيدك ان كيدك عظيم حكى  
 الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم اذا حكى عن منكره فصار  
 الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم



يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابناً لهما إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فإن أقام أحدهما البيئته فهو أولى به وإن أقام جميعا البيئتين يحكم بكونه ابناً لهما لا نه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا أنه قال إنه إنهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فإن ادعاه أكثر من رجلين فأقام البيئته روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا إذا كان المدعى رجلاً فإن كانت امرأة فادعته أنه ابنها فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت البيئته صحت دعوتها والأفلا لا في حمل نسب الغير على الغير وأنه لا يجوز لما نذكره في كتاب الأقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت أحدهما البيئته فهي أولى به وإن أقامت جميعاً فهو ابنهما عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابنهما وفي رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدتهما والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

### ﴿ كتاب اللقطة ﴾

الكلام في اللقطة في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان أحوالها وفي بيان ما يصنع بها أما الأول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكه ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم إلا أنه يسمى لقطة من اللقط وهو الأخذ والرفع لا نه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحوالها منها في الأصل حالان حال ما قبل الأخذ وحال ما بعده أما قبل الأخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الأخذ وقد يكون مباح الأخذ وقد يكون حرام الأخذ. أما حالة النذب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فآخذها لصاحبها أفضل من تركها لأنه إذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها أحياء لعمال المسلم معنى فكان مستحباً والله تعالى أعلم وأما حالة الإباحة فهو أن لا يخاف عليها الضيعة فآخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله إذا خاف عليها يجب أخذها وإن لم يخف يستحب أخذها وزعم أن الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعاً لها والتضييع حرام فكان الأخذ واجباً وهذا غير سديد لأن الترك لا يكون تضييعاً بل هو امتناع من حفظ غير ملزم والامتناع من حفظ غير ملزم لا يكون تضييعاً كالا امتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الاضال والمراد أن يضمها الى نفسه لا جل نفسه لا لا جل صاحبها بالرد عليه لأن الضم الى نفسه لا جل صاحبها ليس بحرام ولأنه أخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه فيكون بمعنى الغصب وكذا القطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلاً واحتج بما روى أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معاً إذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربها نهي عن التعرض لها وأمر بترك الأخذ فدل على حرمة الأخذ (ولنا) ما روى أن رجلاً وجد بعيراً بالحرية فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعتي فقال سيدنا عمر أرسله حيث وجدته ولأن الأخذ حال خوف الضيعة أحياء لعمال المسلم فيكون مستحباً وحال عدم الخوف ضرب أحرار فيكون مباحاً على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة فيه لأن المراد منه أن يكون صاحبه قريباً منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربها وأما قال ذلك إذا كان قريباً أو كان رجاء اللقاء ثابتاً ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه أنه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فأنالك أو لا خيك أولئذ تدعاه الى الأخذ ونه على المعنى وهو خوف الضيعة وأنه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون وارداً في الابل وسائر البهائم دلالة إلا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم إذا لم يلقها ربها عادة بعيداً كان أو قريباً وكذلك الابل لأنها تذب عن نفسها عادة هذا الذي

ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة وفي حال هي مضمونة أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده أمانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن يأخذها لنفسه لأن المأخوذ لنفسه مغضوب وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في شيء آخر وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف من جهة الضمان أما بالتصديق أو بالشهاد عند أبي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه في الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وإن لم يشهد لأن جهة الأمانة قد ثبتت بتصديقه وإن كذبه في ذلك فكذا عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبي حنيفة فإن أشهد فلا ضمان عليه لأنه بالشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده أمانة وإن لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لأنه أقر بالغصب والمنعصوب مضمون على الغاصب وجه قوله ما أن الظاهر أنه أخذها لنفسه لأن الشرع إنما يمكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان إقدامه على الاخذ دليلاً على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهد له فكان القول قوله ولكن مع الخلاف لأن القول قول الأمين مع اليمين ولا يبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لجوب الضمان في الأصل لأنه إذا كان الاخذ على سبيل الأمانة بأن أخذها لصاحبه فيخرج من أن يكون سبباً وذلك إنما يعرف بالشهاد فإذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فيبقى الاخذ سبباً في حق وجوب الضمان على الأصل والثاني أن الأصل أن العمل كل إنسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى وقوله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت فكان أخذها للقطعة في الأصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لجوب الضمان لأنه غصب وإنما يعرف الاخذ لصاحبها بالشهاد فإذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ للقطعة ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما إذا ردها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها إلى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعي رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فإذا ردها إلى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة إذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسباً متبرعاً لحفظها على صاحبها فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل فصار كأنه لم يأخذها أصلاً وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقد رده بالرد إلى مكانها فارتد وجعل كأن لم يكن هذا إذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها إلى مكانها فضاغت وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بمسمع من الناس أي التقطت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شيء فمن رأيتموه يسأل شيئاً فدلوه على فإذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلك كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وإن كان عنده عشر لقطات لأن اسم الشيء واللقطة منكر أن كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس إذ المقصود من التعريف إيصال الحق إلى المستحق ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف والمعتاد فكان هذا الشهاد أعلى الكل بدلاً للعرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك لأنه ظهر أنه أخذها غصباً فكان الواجب عليه الرد إلى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما في الغصب وكذلك إذا أخذ الضالة ثم أرسلها إلى مكانها الذي أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لأن هذا أحد نوعي اللقطة وقد روي في هذا الباب عن سيدنا عمر رضي

الله عنه أنه قال لو أجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

**فصل** وأما بيان ما يصنع بها فتقول وبالله التوفيق إذا أخذ اللقطة فإنه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولاً حين سئل عن اللقطة وروى أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما فقال أني وجدت لقطة فما تأمرني فيها فقال عرفها سنة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم يقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة باختلاف قدر اللقطة أن كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً وأن كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال أن كان مائة ونحوها عرفها سنة وأن كان عشرة ونحوها عرفها شهراً وأن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وأن كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام وأن كان دنانيراً ونحوه عرفه يوماً وأن كان تمرة أو كسرة تصدق بها وإنما تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع إليه الفساد فإن خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فلا أسواق وأبواب المساجد لأنها مجمع للناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم إذا عرفها فإن جاء صاحبها وقام البيعة أنما ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وإن لم يقيم البيعة ولكنه ذكر العلامة بأن وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها محل للملتقط أن يدفع إليه وإن شاء أخذ منه كفيلاً لأن الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط إلا أن هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لأن هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى مع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فإز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز مجيء آخر فيدعيها ويقم البيعة ثم إذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار أن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها وإن شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فإن كان غنياً لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله إذا عرفها حولاً ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وإن كان غنياً وتكون فرضاً عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأل عن اللقطة عرفها حولاً فإن جاء صاحبها ولا فساداً بها وهذا إطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غني بل أن الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة فإن جاءه صاحبها فليردها عليه وإن لم يأت فليصدق والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفي الحل مطلقاً وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثاني أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة للفقير دون الغنى وإن الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز إلا للضرورة ولا ضرورة إذا كان غنياً وأما الحديث فلا حجة فيه لأن قوله عليه الصلاة والسلام فساداً بها إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقط إلى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقاً بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض وإذا تصدق بها على الفقراء فإذا جاء صاحبها كان له الخيار أن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجدته لأن التصديق كان موقوفاً على إجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب وإن كان فقيراً فإن شاء تصدق بها على الفقراء وإن شاء أنفقها على نفسه فإذا جاء صاحبها أخيره بين الأجر وبين أن يضمنها له على ما ذكرنا وكذلك إذا كان غنياً جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبداً ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها إلا لمنشد أي لمن عرف فالمنشد المعروف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم إلا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها إلا



للتعريف وهذا حال كل لقطة إلا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فبين  
أن ذلك لا يستقط التعريف وكذلك حكم الضالقة في جميع ما وصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو الثقة فإن اتفق عليها بامر  
القاضي يكون ديناً على مالها وإن أئق بغير إذنه يكون متطوعاً فينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي ينظر في ذلك فإن  
كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة أمره أن يؤجرها وينفق عليها من أجرها نظراً للمالك وإن  
كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة وخشى أن لو أئق عليها أن تستغرق الثقة قيمتها أمره ببيعها  
وحفظ ثمنها تمامها في حكم الهلاك وإن رأى الأصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره أن ينفق عليها لكن ثقة  
لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك ديناً على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه الثقة وله أن يحبس اللقطة بالثقة كما  
يحبس المبيع بالنش وإن أن يؤدى الثقة بأعها القاضي ودفع إليه قدر ما أئق والله سبحانه وتعالى أعلم

—558—

## کتاب الاواق

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الآبق وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله  
(أما) الأول فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الأخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله  
في كتاب اللقطة

(فصل) وأما بيان ما يصنع به فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ الأبق لصاحبه فإن شاء الأخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيء فياً أخذه وإن شاء ذهب به إلى صاحبه فردّه عليه فإن أمسكه فجاء إنسان وادّعى أنه عبده فإن أقام البينة دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً إن شاء لجواز أن يجيء آخر فیدعيه ويقيم البينة فله أن يستوثق بكفيل وإن لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه إليه أيضاً لأنه ادّعى شيئاً لا ينافي فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلاً إن شاء لما قلنا وما أتفق عليه فإن كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه والأفلا لأنه يكون متطوعاً فإن طالت المدة ولم يجيء له طالب باعه القاضي وأخذتة يحفظه على صاحبه لأن ذلك حفظ له معنى فإن باعه وأخذت منه ثم جاء إنسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن إليه وليس له أن ينقض البيع لأن البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لأنه من باب حفظ ماله أذ لم يبيع لانت الثقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظاً له من حيث المعنى والقاضي يملك مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع إليه الفساد ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه إياه من بيت المال ثم إذا جاء صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه إن باعه لأن الاتفاق عليه إحياء ماله فيكون عليه وإذا جاء بالأبق له أن يمسكه بالجعل لأنه إذا جاء به فقد استحق الجعل على ماله فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كالأضمان على البائع مهالك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه المسئلة في كتاب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي إلى القاضي

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانا والكلام في الجعل في مواضع في بيان أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما) أصل الاستحقاق فثبت عندنا استحسانا والقياس أن لا يثبت أصلا كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله ثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط ألا يأخذ الجعل على المالك وجب والأفلا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد مال الغير عليه محتسبا فلا يستحق الاجر كما لو رد الضالة إذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام المسامون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمر والشيباني أنه قال كنت قاعدا عند عبد الله

ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بباقي من القوم فقال القوم لقد أصاب أجر افعال عبد الله رضى الله عنه وجعل ان شاء من كل رأس درهم ولم يتقبل أنه انكر عليه منكر فيكون اجماعاً ولا يجعل الا بقى طريق صيانة عن الضياع لانه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه بحاجته بالاعراض عادة واذا علم أن له عليه جعلاً يحمل مشقة الاخذ والرد طمعاً في الجعل فتحصل الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الا بقى عن الضياع وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطاً للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترى في المراعى المألوفة فيمكن الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيق دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسباً فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب

**فصل** وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فمات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فردّه على المالك فالجعل للثاني ولا شيء للاول لانه لم أبق من يده فقد انسخ ذلك السبب أو بقى ذلك سبباً محضاً لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا حكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحداً والآخر اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآخر واحداً فلهما جعل واحد بينهما نصفان لا شترأ كما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحداً والآخر واحد أو المالك اثنين فلهما جعل واحد على قدر ملكيتهما ولو جاء بالآخر فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فمؤحق بالبعد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمترهن هذا اذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان المالك حياً وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وان كان حياً وقت الاخذ اذ مات قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فاق شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قوله ان المجيء به من مسيرة ثلاثة أيام مثلاً في حال حياة المالك على قصد الرد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجد حياً ولهذا لو كان الراد أجنبياً استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولا قبل أن يردّه عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن المجيء به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل برداً لا بقى المهرن لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المترهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يستقطب دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغاً أو صبيّاً حراً أو عبداً لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثاً أو أجنبياً لانه اذا كان في عياله كان الردم منه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملاً لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والاصل أن الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائناً ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائناً ما كان الا الابن يرد أبق ابنه والزوج يرد أبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عيالهما لان الابن وان لم يكن في عيال أبيه فالردم منه يجري مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا الواستأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان راد أعبد نفسه معنى اذا كان بالرد عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بها عادة وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما الا آخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذا رد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجنبي الذي في عياله لا جعل له فالقراة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعاً وشرعاً وعقلاً ولهذا الوخدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افترق الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعلم والحال وغيرهم أن الراد ان كان في عيال المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصى اذا رد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصى اذا رد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقاً مطلقاً كالقن والمدير وأم الولد حتى لو كان مكاتباً لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لى حراً بالنية بخلاف المدير وأم الولد ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد في جانبه غير لازم فلم يقدر على بدل الكتابة يعجز نفسه بالاباء عن الكسب بخلاف المدير وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلهما بكل ثمن لا مالا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتتبع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن الا أن الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاءه القن وقدمات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدير وأم الولد وقدمات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد رد المرقوق أصلاً فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الرهن والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أر بعون درهم المار وبنان حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رخص له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيقدر بقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاماً وان كانت قيمة العبد درهماً واحداً واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أربعين درهمين اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قوله ما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة لانه ان كان يصاب من وجهه يضيع من وجهه آخر فلا فرق بين الضياع بترك الاخذ والامساك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيداً والحديث محمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهمين توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم



## كتاب السباق

الكلام في هذا الكتاب في موضعين في تفسير السباق وفي بيان شرائط جوازه (أما) الأول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتني فكذا ويسمى أيضا رهانا فعلا من الرهن

**فصل** وأما شرائط جوازه فأشياء (منها) أن يكون في الأنواع الاربعه الحافر والخف والنصل والقدم لا في غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل الا انه زيد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقها وراعه بقي على أصل النفي ولانه لعب واللعب حرام في الأصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فثبتت الملاعبة بما وراعه على أصل التحريم اذا لا استثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العضباء ناقرة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدفعت يوم ما في ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رفعوا شيئا أو ارادوا رفع شي وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت سبقت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقتة فلما حملت اللحم سبقتة فسبقتني فقلت هذا ابتلك فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم فبقي ما وراعه على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لا سبب الجهاد في الجملة فكانت لعبا بصورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الابل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهرة الداعية الى الوطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الاشياء فلم يكن في معنى المستثنى في حق المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محلا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخل فيه محلا لا يجوز لانه في معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلي عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلا شيء عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريم على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بما له نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الامام وبل أولى لان هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتفيل يتصرف فيما غيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمه فلما جاز ذلك فهذا الجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن ادخل فيه محلا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يعرف شيئا فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منك فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريم على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أو لاقه من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعه حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريم في هذه الصورة لا يتحقق في حق الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الوديعة ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعك هذا الشيء أو أحفظ هذا الشيء على أوخذ هذا الشيء ووديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الآخر فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما ذكر في كتاب المأذون وكذا حررته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الإيداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة عن الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ ألا ترى أنه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الأذن له سفهاً (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى أنه منع منه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فإن كانت الوديعة عبداً أو أمة يضمن بالاجماع وإن كانت سواهما فإن قبلها بإذن الولي فكذلك وإن قبلها بغير إذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن إيداعه لو صح فاستهلك الوديعة بوجوب الضمان وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الوديعة عبداً أو أمة (وجه) قولهما أن إيداع الصبي المحجور أهلاً للمال معنى فكان فعل الصبي أهلاً لك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضموناً عليه ودلالة ما قلنا أنه لما وضع المال في يده فقد وضع في يدهم لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعاً ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعاً لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على أنه لا يحفظ الوديعة عادة أنه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه قال الله تبارك وتعالى فان أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لأنه يحفظ المال عادة ألا ترى أنه دفع إليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفهاً بخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً أو أمة لأن هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضاً وإنما يجب عليه ضمان الدم لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الأدمى لا ضمان المال والعبد من حيث أنه آدمى قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما ذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لأنه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فإن كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو القضاء وإن كانت سواهما فإن قبلها بإذن وليه يضمن بالاجماع وإن قبلها بغير إذن وليه لا يؤخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لأن الإيداع من جانب المالك استتخفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثاني فيما فيه يحفظ (أما) الأول فلا استتخفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقاً أو مقيداً فإن كان مطلقاً فالمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويؤمنه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائن من كان قريباً أو اجنبياً من ولده وامرأته وخدمه وأجيريه لا الذي استأجره بالدرهم والدنانير ويبد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشر يكة المتفاوض والعنان وعبد المأذون وعبد المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ إلا بيد نفسه إلا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الإيداع من غيره كإلا يملك الإيداع سائر الأجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والالتزام يحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه وإنه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويبد هو لأخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً فكان الحفظ بأيديهم داخل تحت العقد دلالة وكذلك أن يرد الوديعة على أيديهم حتى لو هلك قبل الوصول إلى المالك لا ضمان عليه لأن أيديهم المودع معنى فإدام المال في أيديهم كان محفوظاً بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة إلى غيرهم إلا لعذر حتى لو دفع تدخل في ضمانه لأن المالك مريض بيده لا يرى أنه لا يرضى مال نفسه بيده فإذ دفع فقد صار محالاً فتدخل الوديعة في ضمانه إلا إذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة تخاف الفرق فدفعه إلى غيره لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريق الحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلما أراد السفر فليس له أن يودع لأن السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعها فضاغت في يد الثاني فالضمان على الأول لا على الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني فإن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول (وجه) قولهما أنه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الأول فلا أنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه وأما الثاني فلا أنه قبض مال الغير بغير إذنه وكل واحد منهما سبب وجوب الضمان فيخير المالك أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني كودع الغاصب مع الغاصب غير أنه أن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني لأنه ملك الوديعة بآداء الضمان فبين أنه أودع ماله نفسه إياه فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شيء عليه وإن ضمن الثاني يرجع بالضمان على الأول لأن الأول غره بالأيديع فيلزمه ضمان الغرور كأنه كفل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد إذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة أن يد المودع الثاني ليست بيد ما نعمة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك فلا يصلح أن يكون سبباً لوجوب الضمان لأنه من باب الإحسان إلى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الأول أيضاً لأن الإيداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه إلا أنه صار مخصوصاً عن النص فبقى المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وادعى أنه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك إلا بينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لأن الدفع إلى غيره سبب لوجوب الضمان في الأصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق إلا بحجة هذا إذا هلك الوديعة في يد المودع الثاني فاما إذا استهلكها فالمالك بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالاجماع غير أنه أن ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازاً للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الأول الدفع إلى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز إلا أنه ألحق ذلك بالاعجاز شرعاً في حق اختيار التضمنين صورة لأنه باسبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لأن إقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الأول على الثاني ولم يرجع الثاني على الأول بخلاف مودع الغاصب إذا هلك المعصوب في يده أن المالك يتخير بين أن يضمن الغاصب أو يضمن المودع فإن ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وإن ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا إذا أودع رجل من رجلين مالا فإن كان محتملاً للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لأنه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وأن تكون الوديعة في حفظهما جميعاً ولا تتحقق إلا بالقسمة ليكون النصف في يدهما والنصف في يدهما



والحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاعت فن المسلم نصف الوديعة عند  
أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة  
فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاعت لاضمان عليه بالاجماع وجه قولهما ان المالك لما  
استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة  
ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على  
البعض دون الكل وهذا لما ذكرناه لما استحفظهما جميعاً فلا بد ان يكون المال في حفظهما جميعاً ولا يمكن ان يكون كله  
في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فاذا كان الحل محتملاً  
للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا  
لم يكن محتملاً للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان  
راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهاين فلم يصح مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي  
ذكرنا المرتبهان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما الى صاحبه وأما  
الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقد مطلقاً فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحائوته  
وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره  
في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً الا اذا استأجر حرز لنفسه فله ان يحفظ فيه لان  
الحرز في يده فافى الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فلك ذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها  
عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد ان كان لها حمل ومؤنة فلا يملك المسافرة  
بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان  
المسافرة بالوديعة تضييع المال لان المقازة مضیعة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الا ما وقي  
الله فكان التحويل اليها تضييعاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا  
يجوز التعيين الا بدليل قوله المقازة مضیعة قلنا ممنوع او تقول اذا كان الطريق مخوفاً أما اذا كان آمناً فلا والكلام  
فيما اذا كان الطريق آمناً والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق  
مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضى الله عنهم فوجه قولهما ان في المسافرة بماله حمل ومؤنة  
ضرراً بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة  
فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولا بي حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ  
لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس  
بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان  
العقد مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً فاما اذا شرط فيه شرطاً نظيره ان كان شرطاً يمكن اعتباره وفيه اعتبار ولا  
فلا يمان ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يسكبها بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها بالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته  
أو فيما يحرز فيه ماله عادة فضاعت لاضمان عليه لان امساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدور له عادة فكان  
شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو ولو أمره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ  
مال نفسه بيده عادة نظيره ان كان لا يجذب دأمن الدفع اليه لان يدفع لانه اذا لم يجذب دأمن الدفع اليه كان التهي عن  
الدفع اليه نهياً عن الحفظ فكان سقياً فلا يصح نهيه وان كان يجذب دأمن الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع بدخل في  
ضمانه لانه اذا كان له مته بد في الدفع اليه أمكن اعتبار الشرط وهو مقيد لان الايدي في الحفظ متفاوتة والا صل في  
الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مقيد

لان الحفظ في المصر أكمل من الحفظ في السفر اذا السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها  
 فخرج لا تدخل في ضمانه لان الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة  
 تخاف الفرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في داره أخرى فان كانت الدار ان في  
 الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى أحرز من الثانية دخلت  
 في ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره ان يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن ان يضعها  
 في داره في قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخبأها في هذا البيت وأشار الى بيت معين في داره فخبأها في  
 بيت آخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لان البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا  
 يكون التعيين مفيداً حتى لو تفاوتا بان كان الاول أحرز من الثاني تدخل في ضمانه والاصل المحفوظ في هذا الباب  
 ما ذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند  
 الشافعي رحمه الله تجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى ان المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر  
 من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الاصل الا للضرورة ولم  
 توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند  
 انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما اذا قال احفظ يمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية من  
 البيت ولا تحفظ في الزاوية الاخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوت في الحرز يصح بخلاف الدارين  
 والاصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف فالجواب فيها كالجواب في البيتين على ما مر

**فصل** وأما بيان حال الوديعة فالحال انها في يد المودع أمانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة في يده ويتعلق  
 بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى  
 أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا اذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً  
 لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بأن أودع رجلان رجلاً وديعة دراهم أو دنائراً أو ثياباً أو غاب ثم  
 جاءه أحدهما وطلب بعضها وأبي المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شيء اليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال  
 أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقي في  
 يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعاً ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب  
 فليس للقابض ان يشارك صاحبه في الباقي وجه قولهما ان الاخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له  
 ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع  
 اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان المودع لو دفع شيئاً الى الشريك الحاضر لا يخلو امان ان يدفع اليه  
 من النصيبين جميعاً واما ان يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممتنع شرعاً ولا  
 سبيل الى الثاني لان نصيبه شائع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب  
 غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالوا اذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة  
 لما شاركه فيه لتمييز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان القريم يدفع نصيب أحد  
 الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الالف  
 درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياها فقال المودع أودعها أحداً كما ولست أدري أيكما فهو هذا في  
 الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان اصطلاح المتداعين على ان يأخذ الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلحوا وادعى  
 كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلاحاً على ذلك فلم يملك ذلك وليس للمودع ان يتمتع عن تسليم  
 الالف اليهما لانه أقر ان الالف لا حدهما وادعى اصطلاحاً على انها تكون بينهما لا يمنع عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيئا لجهة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما قال امر لا يخلو اما ان يحلف لكل واحد منهما واما ان ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لا حدهما وينكل الاخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصوصتهما للحال الى وقت اقامة البيعة كما في سائر الاحكام وهل يملك ان الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد على قولهما لا يملك ان وعلى قول محمد يملك ان وهي مسألة الصلح بعد الحلف وقد مر في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين ويضمن الفا أخرى بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الفا أو اقرار لكل واحد منهما بالالف فيقضى عليه بينهما بألف ويضمن أيضا الفا أخرى تكون بينهما يحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لا حدهما ونكل للاخر قضى بالالف للذي نكل له ولا شيء للذي حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله أمر باداء الامانات الى أهلها وأهلها المكاحق لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها في دار المعير أو جاء بالدابة فادخلها في اصطبله كان ردًا صحيحًا لان ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الاتهام صارت مخصوصة عن عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا اننا استحسننا في العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو بدفعها الى من في عياله حتى لو كانت العارية شيئاً نفيساً كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لا نعدام جريان العادة بذلك في الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فبقى على أصل القياس ولان مبنى الادعاء على السر والاعفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلورده على غير المالك لا تكشف اذا السر اذا جاو زائنين يفشون فيقوت المعنى المجعول له الادعاء بخلاف العارية لان مبناها على الاعلان والاطهار لا نهى شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها في حوائجها ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت في يد المودع بغير صنعته لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده المالك فلهلاكه في يده كالهلاك في يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلعا فقال المودع هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فقول المودع لان المالك يدعى على الامين امر عارضا وهو التعدي والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكا بالأصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قائمة قيس تحلف دفعا للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكت من غير ادنى وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكني أوهمت لم يصدق وهو ضامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصارتا فيما أثبتته مثبتا فانه هذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولا نهى ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

فصل وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة ولهذا رأى انسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ المترم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالفه في الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو عبدا فاستعمله أو أودعها من ليس في



عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك  
فدخلت في ضمانه وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخاري  
وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في  
الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك  
استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول  
الوديعة في ضمانه بالخلاف وان خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعي  
لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجديد ولم  
يوجد فصارت كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالف ما عاد الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان  
لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف  
ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ  
مال المالك له بأمره لان الأمر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول  
في ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن  
هذا لم يوجب ارتفاع العقد أليس ان من وكل انساناً ببيع عبده بالنقود فباعه بألف وسلمه الى المشتري دخل العبد  
في ضمانه لا نفي سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقي العقد حتى لو أخذه كان له  
بيعه بالقبول كذا هذا على أن ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن في قدر ما فات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في  
زمان الخلاف لا فيما بقي في المستقبل كما اذا استخفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في  
الباقى بقي العقد في الباقي يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في  
قدر القائات بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تملك المنفعة وهي تملك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ  
المكان المذکور فقد انتهى العقد لا تنهاه حكمه فلا يعود الا بالتجديد وكذا الاعارة لا تملك المنفعة عندنا لانها تملك  
المنفعة بغير عوض والاجارة تملك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقاً أو شهر أو زمان ما بعد  
الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينقض بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق ومنها جحد الوديعة في وجه المالك عند  
طلبه حتى لو قامت البينة على الادياع أو نكل المودع عن اليمين أو أقر به دخلت في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد  
ظهر ارتفاع الجحد أو وعنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزل عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال  
حضره المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد بقي مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضموناً عليه فاذا هلك تقرر  
الضمان ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما أن أقام البينة على أنها هلكت بعد  
الجحد أو قبل الجحد أو مطلقاً فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحد أو مطلقاً لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع  
بالجحد أو وعنده فدخلت العين في ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لان يستطه وان أقام البينة على أنها هلكت  
قبل الجحد تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الجحد لم يثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحد فلا  
يرتفع بالجحد فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الجحد ولا بينة له وطلب  
اليمين من المودع حلفه القاضى بالله تعالى ما يعلم أنها هلكت قبل جحدوه لانه الاصل في باب الاستحلاف أن الذي  
يستحلف عليه لو كان أمر الواقف به الخالف للزومه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل  
الجحد لقبيل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا  
اذا جحد حال حضره المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن  
في الحالين جميعاً وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

أبي يوسف ان الجحود سبب للضمان من حيث انه يرفع العقد بالعزل على ما بينا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع  
العقد ولان الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى الايداع على الستر  
والاخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معني فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف  
حقيقة أو معني وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو  
طلب الوديعة فنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلكت يضمن لانه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها  
للمال فدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غير مال بالاتلاف وادعى انه كان باذن المالك  
لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الاصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض  
فلا تقبل الا بحجة وكذلك المودع اذا خلط الوديعة بماله خلطا لا يميز يضمن لانه اذا كان لا يميز فقد عجز المالك من  
الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافا فيضمن ويصير ملكا بالضمان وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع  
اسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان  
فلا لعدم الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فلو جحد معني الشركة  
وهو اختلاط المالكين ولو أودعه رجلا من كل واحد منهما الف درهم خلط المودع المالكين خلطا لا يميز فلا سبيل لهما  
على أخذ الدرهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الف والفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف  
ومحمد هما بالخيار ان شأنا اقسما المخلوط نصفين وان شأنا ضمن المودع الفين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات  
والموزونات اذا خلط الجنس بالجنس خلطا لا يميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان  
الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بعرض الخلط فان شأنا اقسما لا اعتبار جهة القيام وان شأنا ضمننا  
لا اعتبار جهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه لما خلطها خلطا لا يميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع  
بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا ثبت اختيار التضمنين عندهما واختيار  
التضمنين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعير فخلطهما فهو  
ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان يأخذ العين ويبيعاها ويقسما  
النم على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بمخلط الشعير وهو  
يستحق النعم لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك  
الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو اتفق المودع بعض الوديعة ضمن قدر ما اتفق ولا يضمن الباقي لانه لم  
يوجد منه الاتلاف قدر ما اتفق ولورد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف  
والنصف الباقي بالخلط السكون الخلط اتلافا على ما بينا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها ثم ردها الى  
موضعها بعد أيام فضاعت لضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله انه أخذها على وجه التعدي  
فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والا صل  
فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمي ما حدثت به  
أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضي أن يكون ما حدثت به النفس عفا على العموم الا ما خص بدليل  
وعلى هذا الخلاف اذا أودعه كيسا مسدودا فخله المستودع أو صندوقا مقلقة لا يفتح القفل ولم يأخذ منه شيئا حتى ضاع  
أو مات المودع فان كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لان هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على  
لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كانت لا تعرف بعينها ففي دين في تركته يحاص الغرماء لانه لم مات بمجهلا  
للوديعة فتسددت فله معنى لخروجها من ان تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الورثة  
انها هلكت أوردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل إلا بحجة ومخاص المودع الغرماء لأنه دين الاستهلاك على ما ذكرنا  
فيساوى دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعار وفي بيان ما يوجب تغير حاله أما ركنها فهو الإيجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحساناً والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر كما في الهبة حتى أن من حلف لا يعير فلا نفاذ عاره ولم يقبل بحث كما إذا حلف لا يهب فلا نأشياً فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والإيجاب هو أن يقول أعرتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو هذه الدار أو أطعمتك هذه الأرض أو هذه الأرض لك طعمة أو أخدمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك على هذه الدابة إذا لم ينوبه الهبة أو دارى لك سكنى أو دارى لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصرح في بابها وأما المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع بها الإنسان بها زماناً ثم يردّها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا الطعام المضاف إلى الأرض هو أطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفاً وعادة وهو معنى العارية وأما إخراج العبد إلى العمل فمحل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله دارى لك سكنى أو عمرى سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعته المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الاعارة والهبة فأى ذلك نوى فهو على ما نوى لأنه نوى ما يحتمل لفظه وعند الإطلاق ينصرف إلى العارية لأنها أدنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال دارى لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط التي يصير الركن بها اعارة شرعاً فأشأنها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبي المأذون لأنها من توابع التجارة وأنه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لأنها من توابع التجارة فيملك بملك ذلك ومنها القبض من المستعير لأن الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها أن يكون المستعار ممكناً الانتفاع بدون استهلاكه فإن لم يكن لا تصح اعارته لأن حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين إذا كانت ملحقاً بالمنفعة على ما ذكره في موضعه

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة عندنا وعند الشافعي إباحة المنفعة حتى يملك المستعير الاعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعنده لا يملكها أصلاً كالمباح له الطعام لا يملك الإباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الإجماع والمعقول أما الإجماع فليجوز العقد من غير أجل ولو كان تملك المنفعة لجاز من غير أجل كالاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستأجر وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تملك المنفعة لأن بيع المعدم لا نعدام المنفعة حالة العقد والمعدم لا يحتمل البيع لأنه يبيع ما ليس عند الإنسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب الاجارة حكماً للضرورة ولا ضرورة إلى الاعارة فثبتت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تملكاً لإباحة كما في الأعيان وإنما



صح من غير أجل لان بيان الاجل للتحرز عن الجهة المفضية الى المنازعة والجهة في باب العارية لا تقضى الى المنازعة لانها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلو ملك الاجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم عا ليس بل لازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كافي الاجارة وهذا لان العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف الى حين وجود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدودها فلم يكن بيع المعدم ولا بيع ما ليس عند الانسان وعلى هذا تخرج اعارة الدراهم والدنانير انما تكون قرضاً لا اعارة لان الاعارة لما كانت تملك المنفعة أو اباحة المنفعة على اختلاف الاصليين ولا يمكن الانتفاع بالاستهلاكها ولا سبيل الى ذلك الا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن تصحيح اعارة حقيقة فتصحح قرضاً محازا لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو استعار حلياً لتجمل به صح لانه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة الى الحمل على المجاز وكذا اعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به الاستهلاك كالمكيلات والموزونات يكون قرضاً لا اعارة لما ذكرنا ان محل حكم الاعارة المنفعة لا بالعين الا اذا كان ملحقاً بالمنفعة عرفاً وعادة كما اذا منح انسا ناشاة أو ناقة ليتنفع بلبنها ووبرهامدة ثم يردھا على صاحبها لان ذلك معدود من المنافع عرفاً وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال هل من أحد يمنح من ابله ناقة أهل بيت لا درلهم وهذا يجري مجرى الترخيب لمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جدياً وعناقاً كان عارية لانه يعرض أن يتنفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما يملكه فتقول والله التوفيق جملة الكلام فيه ان عقد الاعارة لا ينخلو من أحد وجهين اما ان كان مطلقاً واما ان كان مقيداً فان كان مطلقاً بان اعار دابة انسا نا ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها في أى مكان وزمان شاء وله ان يركب أو يحمل لان الاصل في المطلق ان يجري على اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفيها على الوجه الذى ملكها الا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لان العقد وان خرج مخرج الاطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أولاً لان اطلاق العقد يقتضى ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذى ملكه متصرفاً في ملك نفسه الا أنه لا يملك الاجارة لما قلنا فان أجر وسلم الى المستأجر ضمن لانه دفع مال الغير اليه بغير اذنه فقصار غاصباً فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشتري من الغاصب الا أنه اذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فان كان عالماً بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وان لم يكن عالماً بذلك يرجع عليه لانه اذا لم يعلم به فقد صار مغروراً من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة واذا كان عالماً بصغر مغروراً من جهته فلا يرجع عليه وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لانه يملك الاعارة فلا يدايع أولى لانها دون الاعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالاً بمسئلة مذكورة في الجامع الصغير وهي أن المستعير اذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده ايداع اياه ولو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيداً فإيراعى فيه القيد ما أمكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى تصرف الا اذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلما الوصف لان ذلك يجري مجرى العيب ثم انما يرعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل لان المطلق اذا قيد ببعض الاوصاف يبقى مطلقاً فيما وراءه فإيراعى عند الاطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة في مسائل اذا أعار انسا نادابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غير ذلك اذا أعاره ثوبا

على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه إلا إذا تعذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لأنه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والخياب ركوبا ولبساً فلزم اعتبار القيد فيه فإن فعل حتى هلك ضمن لأنه خالف وإن ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت فإن كانت الدابة مما تطبق حملها جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لأنه لم يخالف إلا في قدر النصف وإن كانت الدابة مما لا تطبق حملها يضمن جميع قيمتها لأنه استهلكها ولو أعاره دار السكنا بنفسه فله أن يسكنها غيره لأن المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقيد بسكناه مفيداً فيلغو إلا إذا كان الذي يسكنها إياه حداداً أو قصاراً ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها إياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لأن المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الإجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لأن الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيداً فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو دخن أو أرزاً أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحساناً والقياس أن لا يكون لذلك حتى أنها لو عطبت لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر لأنه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وإن كان خلافاً لصورة فليس بخلاف معنى لأن المالك يكون راضياً به دلالة فلم يكن التقيد بالحنطة مفيداً وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة غيره فإنه لا يكون مخالفاً حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو أجراً أو حديداً أو حجارة سواء كان مثلاً في الوزن أو أخف لأن ذلك أشق على الدابة أو أن يكي لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على أن يحمل عليها مائة من قطناً فحمل عليها مثله من الحديد وزناً فعطبت يضمن لأن القطن ينسبط على ظهر الدابة فكان ضروره أقل من الحديد لأنه يكون في موضع واحد فكان ضروره بالدابة أكثر والرضا بآدى الضررين لا يكون رضا بآءا لهما فكان التقيد مفيداً فلزم اعتباره ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فعطبت نظر في ذلك فإن كانت الزيادة مما لا تطبق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لأن حمل ما لا تطبق الدابة اتلاف للدابة وإن كانت الدابة مما تطبق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مخنوخاً فعطبت يضمن جزأ من أحد عشر جزأ من قيمتها لأنه لم يتلف منها إلا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على أن تستعملها في مكان كذا في المصير يتقيد به وله أن يستعملها في أي وقت شاء بآى شيء شاء لأن التقيد بوجودها بالمكان بقي مطلقاً فيما وراءه لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضمانه ولو أعادها إلى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلك من قبل التسليم إلى المالك يضمن وهذا قول أبي حنيفة عليه الرحمة الآخر وكان يقول أولاً لا يبرأ عن الضمان كالمسودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على أن يستعملها يوماً يبقى مطلقاً فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردّها على المالك حتى هلك يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلك يضمن لأن الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير في الأيام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لأن المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله لكن مع التمين دفعاً للثمة

﴿فصل﴾ وأماصفة الحكم فهي أن المالك الثابت للمستعير ملك غير لازم لأنه ملك لا يبقا له عوض فلا يكون لازماً كالمالك الثابت بالهبة فكان للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتاً وعلى هذا إذا استعار من آخر أرضاً لبني عليها أو ليغرس فيها ثم بدّل المالك أن يخرجها فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقوفة لما قلنا غير أنها إن

كانت مطلقة له ان يحجر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء لان في الترك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذ قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهة حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فأخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقته فأخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرج منه ولا يحجر على النقص والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلاً عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور وكفالة فكان له ان يرجع عليه بالضمان وملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء أخذ غرسه وبنائه ولا شيء على صاحب الارض ثم انما ثبت خيار القلع والنقص للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقص مضرّاً بالارض فان كان مضرّاً بها فالخيار للمالك لان الارض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان للمالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الأصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء عرض بالقلع والنقص هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحساناً في القياس ان يكون له ذلك كما في البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الأصل أولى وقالوا في باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصده انه يترك في يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يحجر على القلع

**فصل** واما بيان حال المستعار فخاله انه امانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع فاما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولا العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى وبالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب ولانه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة واما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد تبرع بالمنفعة تملكاً أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلو جهين أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيادته عن الهلاك وهذا احسان في حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الا احسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الاذن أولى الثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يقوت يد المالك ولا ضمان الاعلى المتعدي قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهنالم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان



ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلك في تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا نافع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فarrisل اليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حينئذ فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غصباً فقال عليه الصلاة والسلام عارية فأعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد به تقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعار من الامانة الى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وترك الحفظ وبالاتلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردوه ولا ن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو بالطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المغير أو رد هابنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا أن في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهنالك يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أدن له بذلك وجدد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

### ﴿كتاب الوقف والصدقة﴾

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفيته وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول والله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق بالقرع مادام الواقف حياً حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بغلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ولا خلاف أيضاً في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أو اضافته الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت دارى أو أرضى وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتى صدقة بعد وفاتى واختلفوا في جوازه من يلا ملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته وادامات يصير ميراثاً لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضى الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف في حالة الصحة وبين ما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعاً اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوى عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطاً أو خاناً للمحتاجين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا اذا اضافته الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وأفرزه والاذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً أو ليس له أن يرجع عنه على ما ذكره (وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولأن الوقف ليس بإزالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصاً فاشبه الاعتاق وجعل الأرض أو الدار مسجداً والدليل عليه أنه يصح مضافاً إلى ما بعد الموت فيصح منجزاً وكذلك اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتمل الجواز لقضاء القاضي ولا في حنيفة عليه الرحمة ماروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيًا شرعاً وعن شريح أنه قال جاء محمد بن ببيع الحبس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه يجوز بيع الموقوف لأن الحبس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول إذ الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوساً فيجوز بيعه وبه تبين أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنما جاز لأن المانع من وقوعه حبس عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم لم يقع حبساً عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم أنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبساً عن فرائض الله تعالى وما كان بعده وناته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوه بالاجازة وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وإنما جاز مضافاً إلى ما بعد الموت لأنه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز وأما إذا حكم به حاكم فأنما جاز لأن حكمه صادق محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده إليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى إليه اجتهاده جائز كما في سائر المجتهدات

﴿فصل﴾ وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع إلى الواقف وبعضها يرجع إلى نفس الوقف وبعضها يرجع الموقوف (أما) الذي يرجع إلى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون لأن الوقف من التصرفات الضارة لكونه إزالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملك العبد لأنه إزالة الملك والعبد ليس من أهل الملك وسواء كان مآذوناً أو محجوراً لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المآذون كما يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرج الواقف من يده ويجعل له قياً وسلمه إليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه كان يفعل كذلك ولأن هذا إزالة الملك لا إلى حد فلا يشترط فيه التسليم كالاعتاق ولهما أن الوقف أخرج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل أنهما أخرجاه عن أيديهما وسلماهما إلى المتولى بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أو لم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيا ويسلمه اليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذن وإقامة بأذنه كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه أنه إذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلي واحد كان تسليماً ويؤزل ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئاً عند أبي يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا إخراج المال إلى الله تعالى وجعله خالصاً له وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الإخلاص فيمنع جواز الوقف كما إذا جعل أرضه أو داره مسجداً أو شرط من منافع ذلك لنفسه شيئاً وكما لو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولا يبي يوسف ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه وقف وشرط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلي أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف إذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه إلى ما هو أفضل منه يجوز لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى أنه يباع باب المسجد إذا خلق وشجر الوقف إذا يبس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تقطع أبداً عند أبي حنيفة ومحمد فإن لم يذ كر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وإن سمي جهة تقطع ويكون بعدها الفقراء وإن لم يسمهم (وجه) قول أبي يوسف أنه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكره تسمية ولا قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وإن لم يسمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتاً لدلالة الثابت دلالة كالتأبث نصاً ولهما أن التأبث بشرط جواز الوقف لما نذر وتسمية جهة تقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع إلى نفس الوقف فهو التأبث وهو أن يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يجز لأنه إزالة الملك لا إلى حد فلا تحتمل التوقيت كالأعتاق وجعل الدار مسجداً

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا يتقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصوداً لما ذكرنا أن التأبث بشرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبدل كونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصوداً إلا إذا كاتب للعقار بأن وقف ضيعة بغيرها أو كرها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق أنه لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً للأرض والدار وإن كان شيئاً جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف الرجل لتسخين الماء ووقف الجنابة وثيابها ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لأنه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لأنه منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ما هرم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيبيع ويرد ثمنه في مثله كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال أما خالد فقد احتبس أكرعاً وأفراساً في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لأنه ليس فيه أنه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقصوداً عند محمد فلا يجوز وقف المشايخ وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقصوداً كان أو مشاعاً لأن التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع بخلاف القبض والتسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلاً فلا يكون الخلل فيه مانعاً وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه ملك مائة سهم بخير فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل أنه وقف مائة سهم قبل القسمة ويحتمل أنه بعد فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على أنه ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل أنه وقفها شائعاً قسم وسلم وقد روى أنه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعاً ثم قسم وسلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف إذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أنه يزول



الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بعقلته بالتصدق عليه لأن الوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن والواجب أن يبدأ بصرف القرع إلى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهي من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشرط لأن الوقف صدقة جارية في سبيل الله تعالى ولا تجرى إلا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمة من نفعته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً أجزها القاضي وعمرها بالاجرة لأن استبقاء الوقف واجب ولا يبقى إلا بالعمارة فإذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالاجارة كالعبد والدابة اذا امتنع صاحبها عن الاتفاق عليها أنفق القاضي عليها بالاجارة كذا هذا وما نهى من بناء الوقف وآلته صرفه الخا كم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارة فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحق الوقف لأن حقهم في المنفعة والعلة لا في العين بل هي حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجداً فخرّب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلي فيه الناس فإذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبع وبقي الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولا يبي يوسف انه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه كالا عتاق بخلاف تكفين الميت لأنه ما حرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود له كاله وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان اجتاز بين يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم بوجه القربة قد صحت بيقين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الاعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال دارى هذه في المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان النادر بالنذر يتقرب الى الله تعالى بالمندور به ومعنى القرية يحصل بالتصدق بثمن الدار وبل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال دارى هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والعلة عند أبي حنيفة لأن المندور به صدقة موقوفة والوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع ولو قال مالي في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم إيجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا إيجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكسب مالا فإذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضاف الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيصدق بالجميع الا انه يقال له أمسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لا يحتاج الى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم

كتاب الدعوى

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الدعوى وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حد المدعى

والمدعى عليه وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفي بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفي بيان علائق اليمين وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض اليمينين وحكم تعارض الدعوى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في الحبل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأنى عن حقه ونحو ذلك فإذا قل ذلك فقد تم الركن

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البيعة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيهما ان المدعى لا يخلو اما ان يكون عينا واما أن يكون دينافان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتملا للنقل أو لم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره لتكن الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحي ونحوه فان شاء القاضي استحضره وان شاء بعث اليه آمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العتار فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العتار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماءنا الثلاثة رضي الله عنهم نعم وقال زفر رضي الله عنه لا وهي مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع الحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينافلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى في دعوى العتار انه في يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما فاذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البيعة من المدعى على انه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البيعة على أنه في يده هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلاحا على ذلك فلو سمع القاضي بيئته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنامتعذر لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فلا مرف فيه ظاهر وان نكل فكذلك لان القاضي لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويحلى بينهما وبين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايغاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذرا الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البيعة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدي القاضي كالا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبيعة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا حكيما للقضاء به فيجيبه القاضي اليه فيكتب الى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسامع الدعوى والبيعة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي رحمه الله انه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبيعة فيجوز القضاء بيئته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبيعة فيظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحققة أن المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا في دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبيعة فكان القضاء بالبيعة قضاء بحجة مظهرة للحق فجاز (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدنا على رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخرناه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منها عنه ولأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه يداود إن جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص اقض بين هذين قال أقض وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لا احتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلا إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر فإن كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصى والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لأن الوكيل والوصى نائبان عنه بصرح النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا إذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت حق الغائب لأن الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لأن كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخراته أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يريد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد الولاية ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعاله فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته إلا بآبائات نسبه من الغائب فينصب خصما عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعاله ولهذا أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل انه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالآخوة وعلى هذا يخرج المسائل الخمسة وتوابعها على ما نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضي بدفعها اليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لان اقراره بالملك لغيره للمال يمنع الشراء منه قبل ذلك لان الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضا للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن التمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبي يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لان عدم التناقض لا اختلاف الزمان ولو قال هذا فلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس أن لا يصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لان الشراء يوجب كونه ملكا للمشتري فلا يصح كما اذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه في متعارف الناس وعاداتهم انه كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا اذا كنتم قليل مستضعفون في الأرض أى اذ كنتم قليلا اذ لم تكونوا قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيح حاله ولا عادة جرت بذلك في المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا اذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لان عدم التناقض



على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهماً من معلوم تسمع لانه لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحه هذا اذا قال هذا الشيء لفلان ولم يقل لاحق لي فيه فان قال لاحق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لاحق لي فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء فقط فاقام المدعى اليينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه اليينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى اليينة وقضى القاضي بينته ثم أقام المدعى عليه اليينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضاء مناقضاً فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه والعبد في يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري اليينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيباً فأراد أن يردّه على البائع فاقام البائع اليينة على أن المشتري كان أبراه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى البراءة عن العيب لان البراءة يقتضي وجود البيع فكان مناقضاً في دعوى البراءة فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى الا في النسب والعقود فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا لجهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلوق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما اذا اختلفت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأقامت اليينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل للثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لهذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الا كبرسنا ابنا لمن هو أصغر سنًا منه وكذا اذا قال لمرءي النسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلف عبارات المشايخ في تحديدهما قال بعضهم المدعى من اذا ترك الخصومة لا يحير عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يحير عليه وقال بعضهم المدعى من يلتبس قبل غيره لنفسه عينا أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً وقال بعضهم المدعى من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعى ذكر في أدب القاضي انه يسأله وذكر في الزيارات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى اسأله عن دعواي وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضي هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيارات انه لا يسأله ويعرف ذلك في كتاب أدب القاضي وسيأتي واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لي ثم جاءه اليينة هل تقبل روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه والا نسا ان لا يتم في اقراره على نفسه فلا تيان باليينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز ان تكون له بينة لم يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي هو لا وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان باليينة بعد ذلك رجوعاً فقبل وان لم يكن له بينة وطلب عين المدعى عليه يحلف فيما

يحتمل التحليف فان سكنت عن الجواب يأتي حكمه ان شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه  
**فصل** وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه الصلاة  
والسلام البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى  
عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمر أخفيا فيحتاج الى اظهاره والبيئة قوة الاظهار لا لها كلام من ليس  
بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة  
مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فاجتبه الى استمرار حكم الظاهر  
واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البيئة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى  
عليه ووضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد وعين من المدعى انه لا يجوز عندنا  
خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد وعين ولان الشهادة انما  
كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع  
باليمين فكأن اليمين في كونها حجة مثل البيئة فكان ينبغي ان يكفى بها الا انه ضم اليها الشهادة نفيا للتمهمة (ولنا) الحديث  
المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى  
عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل  
كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضى استغراق كل الجنس  
فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو عين المدعى  
وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء  
بشاهد وعين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معا برة رضى الله  
عنه وكذا ذكر ابن جرير عن عطاء بن أبي رباح انه قال كان القضاء الأول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى  
باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ماله ورد مورد الا حاد ومخالفا للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد  
وعين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد وعين في الايمان وعندنا يجوز القضاء  
في بعض أحكام الايمان بشاهد واحد اذا كان عدلا بان شهادته أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لسكن  
يسترق واليمين من باب ما يحتاط فيه فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان  
مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبي عليه الصلاة والسلام ما جعل  
اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا أحد الظلم وعلى هذا  
يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد اذا اقام البيئة أنه لا تقبل بيئته ذي اليد لا تجعل حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدعى  
بل هو مدعى عليه فلا تكون البيئة حجة له فالتحقت بيئته بالعدم فحلت بيئة المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد يخرج  
المسئلة على أصل آخر نذكره في موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من  
معرفة علائقهما وعلائق البيئة قد مر ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام  
في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان الوجوب وفي بيان كيفية الوجوب  
وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه  
الصلاة والسلام البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار  
لانها اوجبت للحاجة الى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فاذا كان مقرا لا حاجة لان الانسان لا يهتم في  
الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب  
المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والحمل على الانكار أولى لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد  
يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار أولى فكان السكوت انكارا دالة ولو لم  
يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار  
وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر  
ومنها الطلب من المدعى لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الافاء عند طلبه  
ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لى بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف  
المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه  
فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولا بى حنيفة ان البينة فى كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم  
واليمين كالحلف عليها لكونها كلام الخصم فلهذا ألوا أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة  
على الاصل تمنع المصير الى الحلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف فى  
الحدود والخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقة والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول  
فى الحدود والخالصة لانه بذل عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهه العدم والحدود لا تحتل البذل ولا  
ثبت دليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان فى السرقة يحلف على أخذ المال وكذا  
لا يمين فى اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف فى ظاهر الرواية لانه ليس من  
الحدود والمتحضمة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفى التعزير يحلف كذا هذا ويجرى  
الاستحلاف فى القصاص فى النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتমা  
للاقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجز فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه  
أخوه ولم يدع فى يده ميراثا فأنكر لا يحلف لانه لو أقر به لا أخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا على غيره وهو أبوه ولو ادعى  
انه أخوه وان فى يده مالا من تركه أبيه وهو مستحق لنصفه بآرثه من أبيه فأنكر يحلف لاجل الميراث لا للاخوة  
لانه لو أقر أنه أخوه صح اقراره فى حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح فى حق النسب حتى  
لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد فى بدرجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضى العبد اليه فقال الآخر  
لا بينة لى وطلب من القاضى تحليف المقر لا يحلفه فى عين العبد لانه لو أقر به لكان اقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا  
ان يقول الذى لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيرى فاضمن قيمته لى يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رقيمة  
ذلك العبد على هذا المدعى ولا ردشى عنها لانه لو أقر باتلافه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى  
رجل انه زوجه ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح  
اقراره به عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثانى ان الاستحلاف لا يجزى فى النكاح وعندهما مجزى لكن  
عند أبى يوسف يحلف على السب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما ذكره فى موضعه هذا اذا كانت صغيرة  
عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباهاز وجهها ياه فى صغرها لا يحلف عند أبى حنيفة لما قلنا من الطريقين  
وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهوانه لو أقر عليها فى الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها  
لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف يجزى فيه لكن عند أبى يوسف تحلف على السب بالله عز وجل ما تعلم  
ان أباهاز وجهها وهى صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجه  
عبد فأنكر المولى لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثانى انه  
لا استحلاف فى النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهوانه لو أقر عليه لا يصح اقراره  
ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبى حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهوان



الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده وعندهما يجري ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملاً للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتل البذل أولاً وعلى هذا يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والفي في الایلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انه او تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب عين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب عيناها وأما في في الایلاء فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت اليك بالجماع فلم تبني فقالت لم تنف عالى ولا بينة للزوج فطلب عيناها وأما النسب فتدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب عيناها وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فأنكر وقال انه حر الاصل لم يجز عليه رق أبداً ولا بينة للمدعى فطلب عيناها وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه أعتق اباه او اباهما مات وولاه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعنته وان يكون ولاؤه ثابتاً منه ولا بينة للمدعى فطلب عيناها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمة على مولاهما فتقول انا أم ولد لمولاي وهذا ولدني فأنكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في القصول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامه فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قوليها ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في انكاره لانه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقرار أدلة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولا بي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يتخرج عن اليمين الكاذبة يتخرج عن التغير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لانه لو جعلناه اقراراً للكذب بناه لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلاً لم نكذب به لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

**فصل** وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو اما ان كان الحالف مسلماً واما ان كان كافراً فان كان مسلماً فيحلفه القاضي بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثاً وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فانه روى رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صور بالاعور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتب في فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فاذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان المال المدعى يسيراً يكتب في فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما يعيد تغليظاً في اليمين وان كان الحالف كافراً فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركاً لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من

خلق السموات والارض ليقول الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة  
وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحلهم في عصر من الاغصار الى يومنا هذا وترجوا من فضل الله  
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما تتحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضى ما  
يكون تغليظاً في دينه فعل لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلط على ابن صوريا دل ان كل ذلك سائح فيغلظ  
على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصرانى بالله الذى  
أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة  
الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع  
الاشارة الى الحرف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من  
البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم زمان ولا مكان عندنا  
وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر  
والصحيح قولنا لما روي ان الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى  
عليه مطلقاً عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فتضى على زيد  
ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكاني فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان  
حقه لى وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازماً لما احتمل ان يأباه زيد بن ثابت  
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراك في التعظيم والله عز وجل  
أعلم (وأما بيان صفة المحلوف عليه انه على ما ذابحلف فتقول الدعوى لا تخلو امان كانت مطلقة عن سبب وامان  
كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبداً أو جارية أو أرضاً أو أنكر المدعى عليه فلا خلاف في  
انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الأرض أو أنكر المدعى عليه فلا شيء منه  
وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً أو أنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو  
يوسف ومحمد في انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه الف  
أو ما غصبته الف أو ما أودعني الف الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد  
يودع ولا يكون عليه ما انه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأنا لا أبين ذلك لثلاث يلزمني شيء فحينئذ يحلف على الحكم وقال  
محمد يحلف على الحكم من الابتداء بالله ما له عليك هذه الالف التي ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب  
تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالبراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على  
نفي السبب ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف  
ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب القسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام  
بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً فيجب الاقتداء به ولان الداخذل تحت الحلف ما هو الداخذل تحت الدعوى والداخذل  
تحت الدعوى في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه  
وان لم يمكنه وعرض حينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف  
يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشيء الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قد يبيع الرجل  
الشيء ثم يعود اليه مبهمة أو فسخ أو اقالة أو رد بغير أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كي لا يلزمني شيء  
فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول  
محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالها على كذا أو أنكر الزوج ذلك يحلف  
على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخالغ

امرأته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فينشد يحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك ثلاث  
تطليقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً أو ما هي حرام عليك بالخلع أو ما هي بئن منك ونحو ذلك من العبارات  
وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتقها وهو منكر عند أبي  
يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقص في هذا والعود اليه بان  
ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبها أو سبها غيره فاشتراها فينشد يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعى  
العتق هو العبد فيحلف على السبب بخلاف بالله عز وجل ما اعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لانعدام تصور  
التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد  
على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه  
يجبر على الاسلام ويقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تقرير على قولهما لان أبا حنيفة لا يرى  
الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة  
النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فينشد يحلف على الحكم  
بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لوقال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعا  
سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج  
أختها أو أربعا سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا  
ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لوقالت المرأة اني أريد أن أتزوج فان القاضي لا يمكنها  
من ذلك لانها قد أقربت ان لها زوجاً فلا يمكنها من التزوج زوج آخر فان قالت ما خلاص عن هذا وقد بقيت في  
عهده أبداً الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضي  
عليه فان قال الزوج لوطلقتها للزمني المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتي فانت طالق فتطلق  
لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن  
تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارة فعند أبي يوسف يحلف على السبب  
الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما  
كان فاسداً وهو المعاملة والمزارة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو  
كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وأنه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف  
على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك  
وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداءً وتجب على القاتل  
ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذر ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل مؤقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة  
العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد حين المدعى عليه قبلت بينته  
عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية  
اقامة البينة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هي الاصل في الحجة  
لانها كلام الاجنبي فاما الميمين فكالحلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم  
الحلف فكانه لم يوجد أصلاً ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برىء من هذا الحق الذي ادعيت أنه أو أنت  
برىء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت برىء يحتمل البراءة للحال أي برىء عن دعواه وخصومته  
لحال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم



﴿فصل﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي ان يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضى عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن رد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حقه احتج الشافعي رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البيعة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تو راعن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن رد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق في دعواه يمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى أن سيدنا عثمان رضى الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدي سيدنا عمر رضى الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحاً قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضى قضائى وكان لا تخفى قضايه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كالأول أقام البيعة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق في خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل تو راعن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزا عن مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البيعة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لا ما خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا وأما الحديث فنقول البيعة حجة المدعى وهذا لا ينبغي ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم ويحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة لتسليط للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضى الله عنه ادعى الايفاء فانكر سيدنا عثمان رضى الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين في دعوى المال فان كان النكول في دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس واما أن تكون فيما دون النفس فان كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يحبس حتى يقرأ ويحلف أبداً وان كان الدعوى في القصاص في الطرف فانه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبي حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في الجملة فان من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول في الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس عنده كالأل يستحلف في الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوسل الى المقصود المدعى وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه استحسنت في الاستحلاف فيها لان

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لأمر الدم وتخيما لشأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة  
فصار بالتكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا في حبس حتى يقرأ أو يحلف بخلاف الأشياء السبعة فإن الاستحلاف  
فيها للتوصل إلى استيفاء المقصود بالتكول وأنه لا يقع وسيلة إلى هذا المقصود وعند التكول إقرار فيه شبهة العدم  
لأنه إقرار بطريق السكوت وأنه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات وإذا سقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف  
شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة أنها لا تقبل في باب القصاص أصلا لأن التعذر هناك من جهة من له  
القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهره للحق وهي شهادة شهود أصول مذكور والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص  
وهو عدم التنصيص على الإقرار والأصل أن القصاص إذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية وإذا بطل من  
جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة إذا حلف على المال ونكل يقضي بالمال لا بالقطع لأن التكون حجة في  
الأموال دون الحدود والعصبة وأما في حد القذف إذا استحلف على ظاهر الرواية فكل يقضي بالحد في ظاهر الأقاويل  
لأنه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضي فيه  
بشيء ولا يحلف لأنه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع  
والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما للمدعى فنقول والله التوفيق  
أنه يخرج عن كونه خصما للمدعى بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبيئة أو بالإقرار أو بعلم القاضي نحو ما إذا ادعى  
على رجل دار أو ثوب أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أو دعني وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو ما  
أن يدعى عليه ملكا مطلقا أو يدعى عليه فعلا أو يدعى عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا أو يدعى عليه فعلا فقال الذي في  
يده أو دعني فلان الغائب أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبها أو سرقها أو أخذها أو أقرعتها أو ضلت منه فوجدتها  
وأقام البيئة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البيئة أو لم يقيم  
وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البيئة أو لم يقيم هذا إذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتياط فإن كان  
تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالخمسة والحجج  
تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبته مني فلان لا نه لم يدع على  
ذو اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذي ذكرنا فاما إذا ادعى فعلا على ذي  
اليدين قال هذه داري أو دابتي أو ثوبي أو دعتك أو غصبته أو سرقته أو استأجرتها أو أقرعتها أو ضلت منها فوجدتها  
فإن يد يد فلان الغائب أو دعني أو غصبته منه ونحو ذلك وأقام البيئة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق  
أن ذا اليد في دعوى الملك المطلق إنما يكون خصما بيده ألا ترى أنه لو لم يكن المدعى في يده لم يكن خصما فإذا أقام البيئة على أن  
اليدين كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فاما يكون خصما بفعله لا بيده ألا ترى أن الخصومة  
متوجهة عليه بدون يده وإذا كان خصما بفعله بالبيئة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقى خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله  
بأن قال غصبته مني أو أخذت مني فاقام ذو اليد البيئة على الأيداع تندفع الخصومة لأنه ادعى الفعل على مجهول وأنه  
باطل فالتحقق بالعدم فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لأنه ادعى الفعل على مجهول وأنه باطل فالتحقق بالعدم  
فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس أن تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ  
وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرق بين الغصب والاخذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما  
الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعى هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه وقال الذي في يده أو دعني  
فلان الذي ادعى الشراء من جهته أو سرقها منه أو غصبها تندفع عنه الخصومة من غير إقامة البيئة على ذلك لأنه ثبت  
كون يده يد غيره بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعى فبدعواه الشراء منه لأن الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا لو أقام الذي في يديه البينة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولو عاينا اقراره  
لا تدفع الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه  
حجة متمتعية الى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لا تدفع الخصومة باقرار  
المدعى فعلم القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان الغائب لا تدفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد  
لنفسه وهذا مقر بكونه خصما فكيف تدفع الخصومة ولو أقام المدعى البينة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه  
أودعني عبد الله ذلك تدفع الخصومة من غير بينة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فثبت اليده وهو  
غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البنتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان  
حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البنتين القائمتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البنتين  
القائمتين على قدر الملك أما الأول فالأصل ان البنتين اذا تعارضا في أصل الملك من حيث الظاهر فإن أمكن ترجيح  
احدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البينة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع  
وان تعذر الترجيح فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه  
وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا  
سقط اعتبارهما والتحقق بعدم ادلا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى  
ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب  
(أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارجين على ذي اليد (واما)  
أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فإن كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما  
البينة فلا تخلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك مؤقت واما ان قامت  
احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا تخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب  
فان قامت على ملك مطلق عن الوقت فينبغي للخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى (وجهه)  
قوله ان البنتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بينته في  
دعوى النكاح (ولنا) ان البينة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وذو اليه ليس بمدع فلا  
تكون البينة حجة له والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف  
بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بعدم فقيت بينة  
الخارج بلامعارض فوجب العمل بها ولا بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت  
البينتان نصا ووقتت بينة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا  
تحل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق  
سوى اليد فاذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يده في يد ذي اليد ظاهرا ثابت للحال فكانت يد  
الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى بينته لانه لما ثبت له الملك  
واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يدومك علم انها انتقلت من يده اليه فوجب اعادته وورد المال  
اليه حتى يقيم صاحب اليد الاخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه  
لنفسه ثم رآه في يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر  
المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعى فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين الحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذلك  
هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما سبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف التاج لان هناك لم يثبت



سبق الخارج لا نعدم تصور السبق والتأخير فيه لان النتائج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر  
فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنالك خلافة هذا اذا قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا  
قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى  
دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للاسبق وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي  
يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعه عن محمد انه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل  
من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا في النتائج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان بينة صاحب الوقت الاسبق  
أظهرت الملك له في وقت لا ينازع فيه أحد فيدفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سبب الانتقال عنه الى غيره وان أقامت  
احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج وعند  
أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبي يوسف أن بينة  
صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة  
وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا الوادعى كل واحد من الخارجين على  
ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى  
لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن  
صاحب البينة المطلقة لو وقت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى  
دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعى الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً  
فقد اتفق على تلقي الملك منه ببيعته وان امر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولا تاريخ مع  
الاخر وشراؤه امر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا قامت البينتان من الخارج وذى اليد  
على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان في دعوى ذلك بسبب فان كان السبب هو الارث فكذلك  
الجواب حتى لو قامت البينتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه  
وتركه ميراثه يقضى للخارج بخلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت على ملك موقت واستوى الوقتان  
لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما  
وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الاول وفي قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث  
دعوى ملك الميت فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكان  
الوارثين ادعى ملكهما مطلقاً أو موقتاً من غير سبب وهنالك الجواب هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا  
في فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البينتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج  
بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد يطرد على أصل أبي  
يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم  
وقد نه الثمن وادعى صاحب اليد انه اشترىها من الخارج وقد نه الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما  
البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على  
صاحبه شيء ويترك المدعى في يد ذى اليد وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول  
محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان  
صاحب اليد اشترى أولاً من الخارج وقبضه ثم اشترى الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد  
فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه  
للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

في هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين  
 بالتقدير الذي قلنا واذا صح العقدان بقي المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجهه) قول أبي  
 يوسف وأبي حنيفة ان كل مشتري يكون مقرا بكون البيع مالا للبايع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما  
 اقرار املك المبيع لصاحبه فكان البيتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين  
 تناف فتعذر العمل بالبيتين أصلا وان وقت البيتان ووقت الخارج أسبق فاذ لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب  
 اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى  
 باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل  
 كانه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذ لم يحجز  
 بقي على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد  
 بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بخلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم  
 يذكروا قبضاً يقضى بالخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا في الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم  
 اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد  
 أولاً وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو النتاج وهو  
 الولادة في الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البيتان على النتاج واما ان قامت احدهما على النتاج والاخرى على الملك  
 المطلق فان قامت البيتان على النتاج فلا يخلو اما ان كانت البيتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتاً فأن وقتاً  
 يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك وقد استوت البيتان في اظهار الاولى فتترجح  
 بينة صاحب اليد باليد فيقضي بينته وقد روى عن جابر رضي الله عنه أن رجلاً ادعى بين يدي رسول الله صلى الله  
 عليه وسلم نتاج ناقه في يد رجل وأقام البينة عليه وأقام ذواليد البينة على مثل ذلك ففرض رسول الله صلى الله عليه وسلم  
 بالناقه لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تهاجر  
 البيتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك  
 في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا في الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى  
 بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب  
 اليد ان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والاخر على الملك المطلق عن النتاج فيبينة  
 النتاج أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلق منه وأما ان وقت البيتان فان اتفق  
 الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقى دعوى الملك المطلق وان اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب  
 الوقت الذي وافقه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة يمين هذا اذا علم سنهما فاما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ  
 لانه يحتمل أن يكون سنهما موافقاً لهذا الوقت ويحتمل أن يكون موافقاً لذلك الوقت ويحتمل أن يكون مخالفاً لهما جميعاً  
 فيسقط اعتبارهما كانهما سكتا عن التاريخ أصلاً وان خالف سنهما الوقتين جميعاً سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر  
 الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فقيمت البيتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكرنا الحكم  
 في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاجر البيتان قال وهو الصحيح (وجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد  
 تيقنا بكذب البيتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب  
 كذب الوقتين لا كذب البيتين أصلاً ورأساً وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج انها ولدت في ملكي من أمي  
 هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعى وأقام كل واحد  
 منهما بينة انه له جزه في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البينة انه له غزله

من قطن هو له يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة التناج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى التناج ويقضى للخارج وان أشكل الامر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البيئة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى التناج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا في جبن وأقام كل واحد منهما البيئة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبناً مرتين فكان بمنزلة التناج ولو اختلفا في الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس في معنى التناج لان التناج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب الملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى التناج وكذلك لو اختلفا في الحبوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعته في أرضه فانه يقضى بالارض والحلب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى التناج ولو اختلفا في ثوب خز أو شعر وأقام كل واحد منهما البيئة انه له نسجه في ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة التناج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البيئة أن أمها أمته وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى التناج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبيئة بيئة الخارج في الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البيئة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهما في يدرجل فأقام الخارج البيئة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البيئة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بيئة الخارج قامت على التناج في البيضاء وبيئة ذى اليد قامت فيها على ملك مطلق فبيئة التناج أولى كذا بيئة ذى اليد قامت على التناج في السوداء وبيئة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبيئة التناج أولى ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البيئة أن اللبن الذي صنع منه الجبن في ملكه فيقضى للخارج لان البيئة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبيئة الخارج أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبد آفي يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذو اليد البيئة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائع بمنزلة دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثاً أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذى اليد كل واحد منهما التناج فقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى التناج وأقام البيئة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البيئة على التناج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني متضمياً عليه فتسمع البيئة منه فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بيئة التناج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان



حق العبد لقدرة على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فال حاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصص من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذها لانه يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الأرض ألا ترى ان الأرض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز أن تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فاما دعوى الخارجين على ذي اليد الملك فنقول لا تخلف في الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الاخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا أيضا وهو ان البيتين اما ان قامت على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك موقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البيتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول تهما البيتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعي رحمه الله ان العمل بالبينتين متعذر لثناف بين موجههما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما في القوة أو ترجح احدهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليين واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنة المشهورة وأخبار الآحاد والاقيسة الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك في كل الحل أمكن العمل بهما باظهار الملك في النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامت على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقيق بالعدم بقي دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الاخر فالأسبق أولى بالاجماع ولا يحجى عنها خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف والبيتان قامت من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احدهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأى طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احدهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر في الزوائد وتستحق به الاولاد والا كساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

يتقين بل تحتل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلامعارض فكان صاحب  
 التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً أن الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون  
 متأخراً لا احتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ  
 فبقى دعوى الملك المطلق هذا اذا قامت البيّنات من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك  
 بسبب فنقول لا يخلو اما ان ادعى الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو التنازع ونحوها واما ان ادعياه بسببين  
 فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البيّنات فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك  
 الموروث هو ملك الميت بعدموته وانما الوارث يخلفه و يقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يحجز من التركة ويقضى منها  
 ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان  
 وقتها واحدا فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتا عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
 رحمه الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت  
 والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخا لملك الوارث فسقط التاريخ للملكة والتحق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق  
 عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمدانهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما  
 تاريخا ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث  
 لان نفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى  
 لاسبقهما وقتا لثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الاخر كذا هذا ولو وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى  
 بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم وأما عندهما فيصير كأن  
 المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكا فارخه أحدهما ولم يؤرخه الاخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا  
 لانهما ادعيا تلقى الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار  
 في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان  
 كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقام البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن  
 مطلقا عن التاريخ يخوذ كرا قبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهاثر البيّنات وفي قول  
 يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهاثر وقد تقدمت واذ اقضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما  
 الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء نقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء  
 الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فوجب ذلك خلافا للرضا فذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما  
 أخذ نصف الدار رجع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرد رجع كل واحد منهما  
 بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والاخر الاختلاف كان ذلك بعد قضاء القاضى وتخييره اياهما  
 فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضى بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في  
 النصف فلا يعود الا بالتحديد كما اذا قضى القاضى بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه  
 الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضى فلا خزان يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن  
 لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فتدزل المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل  
 قضاء القاضى بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى  
 صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع  
 الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له  
 والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك ف وقعت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البيعتان فاما اذا اُرختا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو اُرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالمؤرخة أولى لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيعتان ولكن ذكرت احدهما القبض فهي أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احدهما تاريخا والاخرى قبضا فينبه القبض أولى الا ان تشهد بينه التاريخ بخ أن شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو اُرختا تاريخا واحدا و ذكرت احدهما القبض فينبه القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق هذا اذا ادعى الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعى الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البيعة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصارا كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البيعة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقتت البيعتان فان كان وقتهما واحداً فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق له ذكره الدارمي وهو أن المشتري يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للميت وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين وان وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى الشراء من رجل واحد فوقتت بيعة أحدهما وأطلقت الاخرى أن ينبه الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدي البيعتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد لان هناك اتفاقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدي البيعتين أو جب تلقى الملك منه في زمان لا يمازعه فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعى الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا بيينة تختمل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصارا الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ يخ وان ادعى الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البيعتان أولا أو وقتت احدهما دون الاخرى الا اذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصارا كان البائعين حضرا وأقاما البيعة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحداً لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولا أحدهما يد فيجعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتاج بان ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان أقام كل واحد منهما البيعة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لاستواء الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل محل فيعمل بهما بالقدر الممكن وان أقام البيعة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لا سبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذلك فيسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما اسكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبي



حنيقة رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فمضى الحكم للوقت  
 فالاسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذي اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد  
 وان أقام أحدهما البيينة على التنازع والآخر على ملك مطلق فيبينة التنازع أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارج ان الملك  
 من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والتنازع فان كان بسببين مختلفين فنقول لا يخلو اما ان كان  
 من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة  
 من فلان وادعى الآخر ان فلانا آخر وهما له وقبضهما منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع  
 والواهب قفما مقامهما كانهما حضرا وادعيا وأقاما البيينة على ملك مرسل وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فإنه  
 يقسم بينهم اثلاثا ولو ادعى رابع وصدقة يقسم بينهم ارباعا لما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان  
 أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استويا في القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ما هو سبيل  
 دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البيينة انه اشترى هذه الدار من فلان وقبضه الثمن وقبض الدار وأقام  
 الآخر البيينة ان فلانا ذاك وهما له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم الا  
 بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان  
 الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البيئتان مع القبض يقضى بينهما  
 نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار  
 ونحوها فلا يقضى لهما شيء على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع (وقيل) لا فرق  
 بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا لان هذا في معنى الشيوع الطاريء لقيام البيينة على الكل وانه لا يمنع  
 الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض والهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء  
 السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى في يد أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن  
 والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن  
 يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين  
 فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاح بان ادعت امرأتان وأقامت كل  
 واحدة منهما البيينة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة  
 أو الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي  
 يوسف وللمرأة نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد  
 ان الشراء أقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا  
 لا يصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كما لو تزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من  
 النكاح (وجه) قوله أبي يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى  
 كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فأما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر  
 نصفها وأقاما البيينة على ذلك فإنه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبي حنيفة  
 وعندهما يقضى لمدعى الكل بثلاثي الدار ولمدعى النصف بثلاثي الدار واختلاف جوابهم لا يختلف في طريق القسمة  
 فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر الى  
 القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالما للمدعي (وتفسير) القسمة على طريق العدل  
 والمضاربة ان تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل سهمه كما في الميراث والديون المشتركة  
 المتزاوجة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهذا يدعى أحدهما

كل الدار والاخر لا ينازعه الا في النصف فبقى النصف الآخر خاليا عن المنازعة فيسلم لمدعى الكل لانه يدعى شيئا لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئا لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الآخر استوت فيه منازعتهما فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعا ثلاثة ارباع الدار لمدعى الكل واربعا لمدعى النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهم فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعى كل الدار والاخر يدعى نصفها فيجعل أحسهما سهما فجعل نصف الدار بينهما واذ جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعى الكل يدعى سهمين ومدعى النصف يدعى سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذلك سهمين فكانت الدار بينهما أثلاثا وثلاثها لمدعى الكل وثلثها لمدعى النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعى الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في أيديهما فيبينة مدعى الكل أولى لانه خارج لانه يدعى على صاحبه النصف الذي في يده ومدعى النصف لا يدعى شيئا هو في يد صاحبه لانه لا يدعى الا النصف والنصف في يده فكان مدعى الكل خارجا ومدعى النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على خاله هذا اذا ادعى الخارجان شيئا في يد ثالث فأنكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقم لهما بينة وطلب العين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لا أحدهما ونكل للآخر يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى في يده قضاء تركه لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما ما يقضى لهما بخلاف ما اذا اقام البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه مملوك انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجه) الفرق ان بالتزك في يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعين مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضيا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضيا عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقى من جهة المستحق او ادعى التنازع وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه او بائع بئنه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضا هكذا فرق بين هذا وبين حرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجه) الفرق بين الملك والعق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لا أحدهما (فتقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعى في يده ومملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يحز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره أعلى غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له في الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحقق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخارجين على ذي اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى في أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء ترك ولو

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في بد صاحبه لأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم يتم لاحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لانه لم يصرم قضيا عليه حقيقة هذا إذا لم توقت البينتان فإن وقتا فإن اتفق الوقتان فكذلك وإن اختلفا فالأسبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وإن وقت أحدهما دون الأخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القاتنتين على قدر الملك فالأصل فيه أن البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر ثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالي درهم وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة فانه يقضى ببينة البائع لأنها تظهر زيادة ألف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشتريته منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقاما البينة يقضى ببينة المشتري لأنها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على ألف وقالت المرأة على الفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لأنها تظهر فضلا ثم انما كانت بينة الزيادة أولى لانه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الأصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بالفين وأقاما البينة انه يقضى ببينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لأن البينة إنما تقبل من المدعي لأنها جعلت حجة المدعي في الأصل والمدعي هناك هو الشفيع لوجود حد المدعي فيه وهو أن يكون مخيرا في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعي عليه والبينة حجة المدعي لا حجة المدعي عليه في الأصل لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لأن هناك البائع هو المدعي لأن الخير في الخصومة أن شاء خاصم وإن شاء لا وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعي هو المشتري ألا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا في باب النكاح المدعي في الحقيقة هو المرأة قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الأجل أو في قدره وأقاما البينة أن البينة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشتري انه لم يعض لأنها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما أن البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لأنهما اتفقا على أن المسلم اليه لم يقبض الرأس مال واحد وإن اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد أن كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لا اختلاف البدلين فيعمل بهما جميعا ويقضى بسلمين إذ لا تنافي بينهما ولهما اتفاقا على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر المعقود عليه قدر أو جنسا أو صفته وبينه رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم اليه عندهما وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادقا أن رأس المال كان ديناً فإن تصادقا أنه عين واختلفا في المسلم فيه فإن كان رأس المال عينا واحدة يقضى بسلم واحد كما إذا قال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم اليه في كرح شعير فالبينة بينة رب السلم لأن رأس المال إذا كان عينا واحدة لا يمكن أن يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً وبينه رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول وإذا كان عينين بأن قال رب السلم أسلمت إليك هذا القرس في كرحنطة وقال المسلم اليه هذا الثوب في كرح شعير يقضى بسلمين بالاجماع لانه يمكن أن يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله



اذا كانت الدعوى دعوى الملك فامادعوى اليد بان تنازع رجلان في شيء يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتتبع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان اقام جميعاً البينة يقتضى بكونه في أيديهما لا استوائهما في الحجة وان اقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لأحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا قامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت إحدى البينتين على الملك والأخرى على اليد فيبينة الملك أولى نحو ما اذا اقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذواليد البينة على انها في يده منذ ثلاث سنين يقتضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلّة ككيد الغصب والسرقة واليّد المحقة قد تكون يدملك وقد تكون يد اعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتهما معارضة لبينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ما ثبت به النسب وفي بيان ما يظهر به النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما ما ثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما ثبت به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما ثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما في قوله عز وجل واسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره ولحافه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كمالا يكون الحجر لمن لا زانمته اذا القسمة تنفي الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش ونقاه عن الزاني بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل في النفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه لا نعدام الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما ذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبيّاً في يدرجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصر ام ولد له لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو محطى في قوله من الزنا لانه يصير متملكاً الجارية عندنا قبيل الاستيلاء أو مقارناً له ولا يتحقق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبداً للمولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبينة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش الا انه لم يظهر نقاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد وادعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لي الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب مادام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقه بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بحجة مصححة للنسب شرعاً لانه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بحجة

مصحة له شرعاً إلا أنها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الأول لأن هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلاً لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بحجة مصحة شرعاً وعلى هذا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبيّاً في يد امرأه فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا يبدله من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بأن ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الأول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض ساقط الاعتبار شرعاً في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحدوث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي للملك الفراش ولا فراش للمرأة لا نعلمه وكذا في الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفيته عمله في ذلك فنقول والله التوفيق المرأة تصير فراشاً بأحد أمرين احدهما عقد النكاح والثاني ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً قال النبي عليه الصلاة والسلام بنا كحوا توالدوا وكثر وافاني أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينغدى في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كاليبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والتفاس وسواء كانت المنكوحة حرة أو أمة لان المقصود من فراش الزوجة لا يختلف وامامك اليمين في أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضياً الى حصول الولد كملك النكاح الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج وينتفي بمجرد النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح واماً في الأمة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الأمة فراشاً بنفس الملك بخلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشاً الا بقرينة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبرة مشايخنا رحمهم الله في هذا الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوجة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولاً (ولنا) ان وطء الأمة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشترى للوطء عادة بل للاستخدام والاسترباح ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الاماء هو العزل والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولا نعلم ما ادعى علم بقرينة الدعوة انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصلها ولم يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى بخلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها أو لم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعوا إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وإن لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لأن غير الثابت ييقن لا يثبت بالشك كما أن الثابت ييقن لا يزول بالشك وجه قول محمد أنه إذا احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولم احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك ملك كل الحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب ويان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجأت بولد فدعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لأن ماله من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب لا يتجزأ فثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشر يكة ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معافوا بينهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائف وجه قوله أن خلق ولد واحد من ماء فلين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد إلا من أحدهما ويعرف ذلك بقول القائف فإن الشرع ورد بقبول قول القائف في النسب فإنه روى أن قائف امرأ بياسمة وزيدوهما تحت قطيفة واحدة قد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال إن هذا لا أقدم يشبه بعضها بعضها فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أساور روجه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روى أنه وقعت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح لبسافلس عليهم ولو بينا لبين لهما هو ابنتهما يرثها ويرثها وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعا لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصصه للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزئ فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل أنه لم يكن لا اعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب ياسمة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون التيافة فلما قال القائف ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم واحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معافوا بينهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس بأبي ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي إلا أن تركنا القياس في رجلين باثر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقى حكم الزيادة مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أو أربعة وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فتأدر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا في حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالقفل بين عدد و عدد يكون محكما غير دليل وسواء كانت الانصاء متفقة أو مختلفة بأن كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابنهم جميعا لحكم النسب لا يختلف لأن سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاء فيثبت في نصيب كل



واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله ثبت النسب منهما جميعا ووجه قوله انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو اصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجنب الاب لان نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى ويملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لا نه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر الا آخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الاقرار فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاء بسا بقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فجعل الوطء في الملك وهما الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة الى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونه وانما ثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لا نه يحتمل التجزى على ما ذكرناه الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لا نه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والجد الخافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى الولد أحدا المالكين وأب المالك الآخر فالملك أولى لان له حقيقة الملك ولا ب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى هذا كله اذا كان الشريكان المدعيان حريين مسلمين فان كان أحدهما حرا والاخر عبدا فالحر أولى لان اثبات النسب منه أفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والاخر عبدا مكاتباً فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتباً والاخر عبداً فالملك كاتب أولى لانه حر يد فكان أفع للولد ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجوراً وحمل الاخرى على ما اذا كان مأذوناً وعملاً بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلماً والاخر ذمياً فالمسلم أولى استحساناً والقياس أن يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمه كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أفع للصبي لانه يحكم باسلامه تبعاله وكذلك لو كان أحدهما كتابياً والاخر مجوسياً فالقياس ان يثبت النسب منهما بالاستوائ في الملك وفي الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسي فكان أفع للصبي ولو كان أحدهما عبداً مسلماً أو مكاتباً مسلماً والاخر حراً كافراً فالحر أولى لان هذا أفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذمياً والاخر مرتداً فابن المرتد لان ولد المرتد على حكم الاسلام ألا ترى انه اذا بلغ كافراً يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أفع للصبي هذا كله اذا خرجت دعوة الشريكين معاً فاما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائناً من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعا فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشتريها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسراً كان أو معسراً فلا يختلف ويختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقراراً بالوطء لثبوتنا بعدم العلوق في الملك بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يحجز اسناد الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو أعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان مغسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنالا تستند فلا بد من ايراد الولد بالضمان والولا بينهما وان ادعياه فهو بينهما ولا عقروا احدهما على صاحبه كما في الاول ولا يفترقان الا في الولا فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حر او الدعوة هناك دعوة تجرير وانه يوجب استحقاق الولا عقال عليه الصلاة والسلام الولا علق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة احدهما لحجأت بولد اقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا حجأت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصارت مملوكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه علق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملًا لحجأت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحرير فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اتلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه لا الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعا فاما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهم في بطن واحد واما أن ولدتهم في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احدهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر لا استحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكنت دعوة أحدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورية ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتهم في بطن واحد فاما اذا ولدتهم في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فمدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير ومن ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخر الدعوة الى دعوته فصارت مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرور ومن جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله فقيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتزمان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورته أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويتزادان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر أولا فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الاخر الاصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أو لا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشرى كالأخر والا كبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فاذا ادعاها الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله الخيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الا كبر ابني والاصغر ابني شريكي ثبت نسب الا كبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشرى كالأصغر ولد أم ولد له أقر بنسبه لشرى كانه فان صدقه شريكي ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وآخر بأن قال الاصغر ابني والا كبر ابني شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي ولو قال أحدهما الا صغرا ابني والا كبر ابني شريكي أو قدم وآخر فقال الا كبر ابني شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وعتق وضمن لشرى كانه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لدعي الاصغر نصف قيمة الا كبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فدعى أحدهم فتقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فدعى أحدهم بغير عينه فقال أحدهم لا ابني أو عين واحد منهم فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقيين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا في بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الا كبر ولدني ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام في الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الا كبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد ثبت نسبه من مولاهما من غير دعوة لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معني هذا اذا ادعى الا كبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والا كبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والا كبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحدهم لا ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقران الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاها الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولأه الآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يتجزأ عنده فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزأ أو يعتق الكل فلم يبق للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى الملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك اليد ثابت له وانه كاف لثبات



النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته اذ لم يكن في المضارب ربح لانه لا بد لثبات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد اذ لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولداً من جارية لمولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاهما أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجنبي عن ملك المولى لا نعدام الملك له فيه أصلاً فالتحقق بسائر الأجزاء في الحدفان كذب المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت دعوته لانه أقر بحجة مصححة للنسب لكن توقف نقاده لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أو لا لان النسب ثبت بالنكاح صحيحاً كان أو فاسداً وعلى هذا دعوى المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يحز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلا يملك عليه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا نه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فنع من بيعها والعبد المسلم والدمي سواء في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والدمي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوة الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح وان كان في ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو البينة فتقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاء هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيثبت ان علق حراً ودعوة التحرير هو ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر أن الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا استحسان وفي القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد في ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فيردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل القسح فيفسخ وان لم يحتمل لا يفسخ الا لضرورة فتقول ببيانه اذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع فقص ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل القسح والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوت لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أثراً لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشتري أعتق الام أو دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من القسح خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له لئلا أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولداً بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذ أورشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانها تستند الى

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أولاً ثم يستند فيستدعى قيام الحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم في الحال  
واليد المقطوعة هالكه فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لانه  
سلم البديل للمشتري وهو الارش ولو ماتت الام ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم  
وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد  
جميع الثمن عند أي حنيفة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فأصاب  
قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلك عند المشتري  
لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال  
عنده وعندهما متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لا قل من  
سنة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لا قل من ستة  
أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب  
الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما صحت دعوته ولزمه الولدان جميعاً ما مر أن التوأمين لا يحتملان  
الفصل في النسب لا نخلهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لا قل من ستة والأخر لا أكثر من ستة أشهر فادعى  
أحدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدتهم جميعاً عند البائع لا قل من ستة أشهر لانهما كانا جميعاً في البطن وقت  
البيع ولو ولدتهم عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضاً  
سواء كان المشتري ادعاه أو اعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب في ضرورة ثبوت نسب  
أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهم عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعاً  
وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الام  
وينتقض في الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال  
للاقتضال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد  
أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبائع الا أن يقيم البائع البيعة على الدعوة قبل  
البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعى قيام الحل للحال واليد المقطوعة  
هالكه فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول  
لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصود أهو النفس وانما يظهر في الاطراف  
تبعاً للنفس وبالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين  
أصل في حكم الدعوة فتى صحت في أحدهما تصح في الآخر وان كان مقتولاً ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في  
النسب ومتى صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاء فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغي أن  
تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة لانه وجبت القيمة لان حجة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً  
من وجه مقتصر أعلى الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملاً بشبه الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة  
المقتول عملاً بشبه الظهور عملاً بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل وترك ميراثاً فأخذ  
ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحى وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية  
والميراث من المشتري لما قلنا هذا اذا ولدت في يد المشتري لا قل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لسته  
أشهر فصاعداً لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشتري لاننا لم نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة  
دعوة استيلاء فتصح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح  
الا اذا صدقه المشتري فتصح لانه أقر بنسب عبده وقصد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبه ويكون عبداً لولاه ولو

ادعى المشتري نسبة بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لا نسيان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله إذا كانت الدعوى من البائع فإن كانت من المشتري وقد ولدت لأقل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاء لتيقننا أن العلوق لم يكن في الملك فيستدعى قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمنع ولو ادعاه البائع والمشتري معاً دعوة البائع أولى لأن دعوته دعوة استيلاء لوقوع العلوق في الملك وانما تستند إلى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في غير الملك يتيقن وانما تقتصر على الحال والمستند أولى لأنه سابق في المعنى والسبق أولى كرجلين ادعىا تلقى الملك من واحد وتاريخ أحدهما أسبق كان الأسبق أولى كذا هذا وعلى هذا إذا ولدت أمة رجل ولد أفي ملكه لستة أشهر فصاعداً فادعاه أبوه ثبتت نسبته منه سواء ادعى شبهة أو لا صدقه الابن في ذلك أو كذبه لأن الإقرار بنسب الولد إقرار بوطء الجارية والاب إذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكاً أياها لحاجته إلى نسب ولد يحياه ذكره ولا يثبت النسب إلا بالملك وللأب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته إليه ألا ترى أنه يملك ماله عند حاجته إلى الاتفاق على نفسه كذا هذا إلا أن هناك يملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين إذ الحاجة هناك إلى إبقاء النفس والحاجة هنا إلى إبقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لأن ما قبله عوض كان تملكاً كصورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهرجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك بدليل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصدق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى والإقرار أو كذبه يثبت النسب فربما بين هذا وبين المولى إذا ادعى ولد أمة مكاتبه أنه لا يثبت نسبته منه إلا بتصدق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لأنه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبياً عنه فوقع الحاجة إلى تصديقه وللأب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج إلى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لا تصح دعوته لأنعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لم تصح لأنعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لا تقطاع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة شرط لصحة هذه الدعوة لأن الملك يثبت مستند إلى زمان العلوق ولا يثبت الملك إلا بالملك ولا يملك إلا بولاية التملك لأن تملك مال الإنسان عليه كرهاً وتنفيذ التصرف عليه جبراً لا يكون إلا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فإذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق إلى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الأب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لأن الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافراً فأسلم أو عبداً فاعتق فادعى نظرياً ذلك أن ولدت بعد الإسلام أو الاعتاق لأقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لأنعدام ولاية التملك وقت العلوق وإن ولدت لستة فصاعداً صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوهاً فاق صحت دعوته استحساناً والقياس أن لا تصح لأن الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان أن الجنون أمر عارض كالانغماء وكل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن كالمولى عليه ثم أفاق ولو كان مرثداً فادعى ولد جارية ابنه فدعته موقوفة عند أبي حنيفة للتوقف ولايته وعندهما صحيحة لنفاذ ولايته بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة وإذا ثبت الولد من الأب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت شرط الصحة الاستيلاء والاستيلاء بلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خالياً عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الاجنبيين إذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لأن



الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الإيلاج المنزل المعلق من أوله إلى آخر  
 الإيلاج واحد فكان من أوله إلى آخره استيلاذاً فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر  
 بخلاف الجارية المشتركة لأن ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطاً لصحة الاستيلاذ وثبات النسب لأن نصف الجارية  
 ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وإنما ثبت حكم الثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ وحكم الشيء  
 لا يسبته بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك  
 يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر وهذا التملك ثبت شرطاً لثبوت النسب وصحة الاستيلاذ وشرط الشيء  
 يكون ساقياً عليه أو مقارناً له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضاً لأنه علق حراً  
 وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لأن ذلك حكم الإعتاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجحد أي الأب  
 ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الأب عند انعدامه أو عند انعدام ولاته (فأما) عند قيام ولاته فلا حتى لو كان الجحد  
 نصرانياً وحافده مثله والأب مسلم لم تصح دعوة الجحد لقيام ولاية الأب وإن كان الأب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً  
 تصح دعوة الجحد لا تقطع ولاية الأب وكذا إذا كان الأب معتوها من وقت العلوق إلى وقت الدعوة تحت دعوة  
 الجحد قلنا فإن أفاق ثم ادعى الجحد لم تصح دعوته لأنه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الأصل فعادت ولاية  
 الأب فسقطت ولاية الجحد ولو كان الأب مرداً أدعوه الجحد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فإن قتل على الردة أو  
 مات تحت دعوة الجحد وان أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفه وعندهما لا تصح دعوة الجحد لأن  
 تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا إذا وطئ الأب جارية ابن من غير نكاح (فأما) إذا وطئها بالنكاح  
 ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لأن النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحاً كان أو فاسداً  
 ولا يملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب  
 النكاح ويعتق الولد على أخيه بالقرابة لأن النسب انما يثبت بعقد النكاح لا بملك الممين فبقيت الجارية على ملك الابن  
 وقدم ملك الابن أخاه فيعتق عليه فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد  
 وهوثبات النسب إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله إذا ادعى الأب ولد  
 جارية ابنه فأما إذا ادعى ولداً أم ولد أم مدبرته بأن جاءت بولد فقهاه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت  
 نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد  
 المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء لابن  
 (وجه) هذه الرواية أن إثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة فإن نسب ولد الأمة المنكوحه يثبت من  
 الزوج والأمة ملك المولى (وأما) القيمة فلا نه ولد ثابت النسب علق حراً فأشبهه ولد المغرور فيكون حراً بالقيمة  
 والولاء لابن لأنه استحقته بالتدبير وأنه لا يحتمل القسح بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لأن أم الولد فراش  
 لمولاه فكان الولد مولوداً على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وإن انتفى عنه بالنفي كافي  
 اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن النسب لا يثبت إلا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك ويضمن  
 العقر لأنه إذا لم يملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا إذا لم يصدقه الابن في  
 الدعوى بعدما نقاه فإن صدقه ثبت النسب بالإجماع لأن نسب ولد جارية الاجنبي يثبت من المدعى بتصديقه في  
 النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن لأن أخاه ملكه وولاءه لأن الولاء لمن أعتق ولو ادعى  
 ولد مكاتبه ابنه لم يثبت نسبه منه لأن النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتب لا يحتمل التملك فلا تصح دعوته إلا إذا  
 عجزت فتنفذ دعوته لأنها إذا عجزت فقد عادت قناً وجعل المعارض كالعدم من الأصل فصار كالمولود عى قبل الكتابة  
 والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعي شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسند كره في كتاب الاقرار الا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشرطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فان كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه فاقار به يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علوقه في ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علوقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد أحد فلا يذم غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ واما ان كان في يد أحد كالقبط فان لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرًا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخبر بما هو محتتمل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والترتبة وجانب المدعى بولديستعين به على مصالحه الدينية والدينية وتصديق العاقل في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين قبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرّت المسئلة ولو ادعته امرأتان حجت دعوتهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسند كره الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه ثابتة حقيقة وشرعا حتى لو أراد غيره أن يزعمه من يده جبر ألي حفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أفع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضنته وتربته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (وجه) أنا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمن استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين يفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم بإسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر في النوادر أن من التلقط لقيطا فادعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصراني هذا اذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فراقين الاقرار وبين البينة وذلك أنه متهم في اقراره ولا تهمة في الشهادة وسواء كان المدعى حرا أو عبداً لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معاً الملتقط أولى لاستواءهما في الدعوة وشع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجا فان كان

أحدهما مساماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا إذا ادعته مساماً وذمياً  
فالمسامة أولى ولو شهد للذمي مساماً والمسلم ذمياً فهو للمسلم لأن المحتين وإن تعارضتا فاسلام المدعى كاف  
للتزجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحرة أولى لأنه أنفع للقيط وإن كانا حريين مسلمين فإن ذكر  
أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لأن  
الشرع ورد بالتزجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد  
شاهد من أهلها إن كان قيصه قد من قبل فصدقت وهو الكاذب وإن كان قيصه قد من دبر فكذبت وهو من  
الصادقين فلما رأى قيصه قد من دبر قال إنه من كيدك إن كيدك عظيم جعل قد التمييز من خلف دليل مرادتها  
إياه لما أن ذلك علامة جذبها إياه إلى نفسها والقدم قدما علامة دفعها إياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلئي ودباغ  
في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضي باللؤلؤ للؤلئي وبالاهاب للدباغ لأن الظاهر  
يشهد باللؤلؤ للؤلئي وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلاف في متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل في يد  
الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى  
أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه ثبت نسبه منهما لأنه وقع  
التعارض في العلامات فسقط التزجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وإن لم يذكر أحدهما علامة أصلاً  
ولكن لا أحدهما بيته فإنه يقضي له لأن الدعوة لا تعارض البيته وإن لم يكن لا أحدهما بيته ثبت نسبه منهما جميعاً وهذا  
عندنا لا استواءهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا ثبت نسبه إلا من أحدهما ويتعين بقول القافة على  
ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في  
الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لأنه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما  
هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى يحكم بماله فإن كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البتة وإن كان  
يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البتة وإن كان يبول منهما جميعاً يعتبر السبق فان استويا في السبق فهو مشكل  
عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لأن هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه  
منهما جميعاً ولو قال الممتط هو ابني من زوجتي هذه فصدقته فهو ابنتها حرة كانت أو أمة غير أنها إن كانت حرة  
كان الابن حراً بالاجماع وإن كانت أمة كان ملكاً للمولى الأمة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول  
محمد أن نسبه وإن ثبت من الأمة لكن في جعله تبعاً لها في الرق مضرة بالصبي وفي جعله حراً منفعته له فيتبعها فيما ينفعه  
ولا يتبعها فيما يضره كالذي إذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا  
وجه قول أبي يوسف أن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون  
رقيقاً والرق وإن كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة ذكر في  
الأصل أنها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة أنها ولده وإن أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت إذا كانت حرة  
عدلة أطلق الجواب في الأصل ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما إذا كان  
لها زوج لأنه إذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصحح إلا بالبينة أو بتصديق الزوج  
فاما إذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى  
رواية الأصل على إطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال ثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها إلا  
ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال يثبت بالقراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا يثبت الولادة إلا  
بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأة أن ابنها ابنها حرة أو أمة ذكر في  
وعندهما لا يثبت نسب الولد من المراتين أصلاً وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد



واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش ولا يثبت حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وماقلا ان الحكم في جانبهن متعلق بالولادة فنعلم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعى جميعا فثبت نسبهما وعلى هذا لو ادعى رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعى رجلا وامرأتان كل رجل يدعي أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول والله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويثبت كدظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يثبت كدظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعى رجل آخر وأقام البينة بقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعى رجلا معاً ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البينتان في النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البينتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحد منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحد منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعين لا مكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء أو واحد مملوكا لثنين على الكمال في زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البينتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذى اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذى اليد فان كان بين الخارج وذى اليد فيبينة ذى اليد أولى لانهما استويا في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين وبين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الاخر أنه عبده يقضى للذى ادعى أنه ابنه لا يدعى الحرية والاخر يدعى الرق فيبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة أنه ابنه من هذه الحرة وأقام الاخر البينة أنه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحرة لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعى رجلا ووقت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب منهما لا استواء البينتين ولو كان وقت احدهما أسبق يحكم سن العبي فيعمل عليه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لاسبقيهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التار يخ أصلا كأنهما سكتا عنه ولا يثبت حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فبق الحكم للتاريخ فيرجح السابق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة أنها ابنتها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبهما كما اذا ادعى رجلا بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة أنه ابنتها وأقام البينة وادعى رجل أنه ابنتها وأقام البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذى ادعى الغلام أنه ابنتها ويبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البينتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ هو في يد نفسه كالخارجين اذا أقام البينة ولا حد لها يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانياً فأقام بينة من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فيبينة الغلام أولى ولا ترجح بينة المدعى المسلم لانه لا يده وان كان مسلماً وان كان بينة الغلام من النصراني يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فيبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويحير الغلام على الاسلام غلام في

يدانسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولدت أمته هذه في ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه وولدت له  
الامة في ملكه وأقام البينة فان كان الغلام صغير لا يتكلم يقضى به لصاحب اليد لا ستوائهما في البينة فيرجح صاحب  
اليد باليد كما في النكاح وان كان كبيراً يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالامة والغلام للخارج لان الغلام اذا كان  
كبيراً يتكلم في يد نفسه فالبينة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما في بدرجل فأقام  
صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة  
وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهودا مسلمين يقضى بالمرأة والولد  
للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البينة على انه تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في  
يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً فالبينة القائمة على  
النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان وولدت أمته فلانة على فراشه وذلك  
الرجل يقول هو عبدى ولد أمى التي زوجها عبدى فلان فولدت هذا الغلام منه والعبدى يدعى ذلك فهو ابن العبد  
لانه تعارض القران فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى الا باللعان وفراش الملك ينتفى  
بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك  
وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار  
بالحرية فان لم يعمل في النسب لم يعمل في الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البينة انه ابن الميت من  
أمنه وأقام الآخر البينة انه عبده وولدت أمته من زوجها فلان والزواج عبده أيضاً والعبد يدعى ذلك يقضى له بالنسب  
لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت  
عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً لانه  
في جانبهن ثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فنوعان نوع يحتمل النفي ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل  
النفي فنوعان (نوع) ينتفى بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفي بل بواسطة اللعان (أما الذي)  
ينتفى بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره  
بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذي لا ينتفى بمجرد النفي فهو نسب ولد  
زوجة يجرى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حريين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على  
ما ذكرنا في كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قوياً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم  
اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفي لان الانتفاء بواسطة اللعان  
ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجة حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذي) لا يحتمل  
النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجرى بينهما اللعان فاذا كان الزوجان من لا لعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفي  
وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لان النفي يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص  
ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب وأما حكمه  
في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الاول  
فسيبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند  
الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسائل رجلان  
ادعى اداة أحدهما ركبها والاخر متعلق بلجامها ففى للراكب لانه مستعمل لاداة فكانت في يده (وكذلك) اذا

كان لا أحدهما عليه حمل ولا آخر عليه كور معلق أو مخللة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعاً راكبين  
لكن أحدهما في السرج والاخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله انه راكب  
السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية انهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت  
لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما اجماعاً لا استواءهما في الاستعمال ولو ادعى عبد أصغر ألا يعبر  
عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهايم فتبقى اليد عليه ألا ترى انه  
لو ادعى صبيلاً صغيراً مجهول النسب في يده انه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع  
دعوى الحرية إلا بينة لأنه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه إلا بدليل (ومثله) لو ادعى غلاماً كبيراً انه  
عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يده نفسه فكان القول قوله ولو ادعى عبداً  
كبيراً فقال العبد أنا عبد لا أحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان العبد في يدرجل فآقرانه لرجل  
آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في آقرانه أنه لغيره لأن آقراره بالرق اقرار بسقوط يده عن نفسه فكان  
في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله انه لغيره لأن العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقني وأنا حر فكذلك عند  
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف ان القول قول العبد ويحكم بحريته لأن العبد متمسك بالأصل إذ  
الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهد أنه فالصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما أقر انه كان عبداً فقد أقر بزوال  
حكم الأصل وثبت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر شاهد أنه ولو ادعى ثوباً  
وأحدهما إلا بسبه والاخر متعلق بذيله فاللاس أولى لأنه مستعمل للثوب (ولو ادعى) بساطاً وأحدهما جالس  
عليه والاخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس بحلوسه والنوم عليه أولى لاستواءهما في اليد عليه (ولو ادعى)  
داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب  
البناء والخفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والخفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك  
ولكن أحدهما داخل فيها والاخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت  
بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخط ثوباً في دار انسان فاختلغا في الثوب فالقول لصاحب  
الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن الخياط وما في يده في داره والدار في يده  
فما فيها يكون في يده (حامل) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله  
فهو له لأن الظاهر شاهد له وإن كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد له (وكذلك) حامل عليه كارة  
وهو في دار بنان فاختلغا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له وإن كانت مما  
لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائر في دار رجل فاختلغا فيه فإن اتفقا  
على أنه على أصل الاباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لأنه لا أخذ  
دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد  
لمن أخذه وإن اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فإنه ينظر إن أخذه من الهواء  
فهو له لأنه لا أخذ إلا بدلالة أحد على الهواء وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار  
والشجر في يده وكذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل أن  
ما في دار انسان يكون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعى وأحدهما  
ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذا لو كان أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والخفر لأن  
سكنى الدار واحداث البناء والخفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما  
داخل فيها والاخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما



ثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعى حائطاً من دارين ولا أحدهما عليه جذوع فهو له لأنه مستعمل للحائط ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعد ان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنها استويا في استعمال الحائط فاستويا في ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له زد أنت أيضاً الى تمام عدد خشب صاحبك ان أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا التزاع ولو كان لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذوع أو جذعان فالقياس ان يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان لا يكون (وجه) القياس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى انه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وان كان استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه (وجه) الاستحسان ان يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بمادون الثلاثة لان الجدار لا يبنى لعادة وإنما يبنى لأكثر من ذلك الا ان الأكثر لما لانهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب الكثير وأما موضع الجذوع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وأما لصاحب القليل حق وضع الجذوع لا أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى لموضع الجذوع من الحائط وما رواه لصاحب الكثير (وجه) هذه الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (جه) رواية الاقرار مأمرة ان الاستعمال لا يحصل بالجذوع والجذعين لان الحائط لا يبنى لعادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير الا انه ليس له دفع الجذوع وان كان موضع الجذوع مملوكا له لجواز ان يكون أصل الحائط مملوكا لانسان ولا آخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البيئة ان الحائط له لان له ان يدفع لان البيئة حجة مطلقة فاذا أقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البيئة لانا إنما جعلنا الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتفرق ولا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالتعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التراق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال التراق وارتباط وللآخر اتصال التبيع فصاحب التبيع أولى لان اتصال التبيع أقوى من اتصال التراق ولو كان لأحدهما اتصال التبيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التبيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لكن الكلام في صورة التبيع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التبيع هو ان يكون انصاف البان الحائط مداخلة حائط إحدى الدارين يبنى كذلك كالازج والطاقت فكان بمعنى النتائج فكان صاحب الاتصال أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التبيع ان يكون طرفاً هذا الحائط المدعى مداخلة حائط إحدى الدارين وهذا التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخلة اذا كانت من جاني الحائط كان صاحب الاتصال أولى بخلاف وان كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا ان ذلك بمعنى النتائج حيث حدث من بناءه كذلك فكان هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد أفسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فلك البعض بوجوب ملك الكل ضرورة لانه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الاتصال عنه في الجملة الا ترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعاً كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع عليه بخلاف ما اذا أقام البيئة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التبريع انه اذا اشترى داراً  
ولرجل آخر دار فبجانب تلك الدار وبينهما حائط وأقام الرجل البيعة له فادامته ان يرجع على البائع بمحضته من  
الثمن ان كان متصلاً ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلاً ببناء لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً  
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلاً ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فلامشترى ان يرجع على  
البائع بمحضه الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلاً بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند  
الاستحقاق وان كان متصلاً بحائط الدار المبيعة وللاخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخي ان  
صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصال تبريع واستحق المشتري  
الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها ما ذكرنا ولو كان لا حدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقر بان  
السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لا حدهما  
عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادي شيئاً لان وضع  
المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه  
الحائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللبن أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي  
حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات وهذا اذا جعل الوجه  
وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعاً وعلى هذا الخلاف اذا ادعيا باً  
مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من  
الجانبين فهو لهما اجماعاً وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند  
أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف  
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط الى صاحب الدار فيدل  
على انه بناؤه فكان في يده ولا يبي حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على  
اليد وقت الدعوة والحاجة في اثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لا حدهما لكون المدعى في يده تجب  
عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا في المرور في دار  
ولا حدهما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البيعة ان له في داره  
طريقاً ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئاً لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق  
أصلاً وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلاً على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود  
ان صاحب الدار كان يعرفها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لا حتماً ان مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه  
كان لحق المرور لكن في الزمان الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقاً  
فان حدهما الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب ومن أحبا بنارحمهم  
الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع  
حجة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع حجة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله  
معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فقيل وكذلك لو شهدوا ان  
أباهما وترك طريقاً في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلغا في مسيل  
الماء فلصاحب الدار ان يمنع عن التسييل حتى يقيم البيعة ان له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب  
بنفس الميزاب شيئاً ما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديماً فله حق التسييل وذكر محمد في  
كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلغا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشيء لان التيسيل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر ولو شهدوا ان له حقا في الدار من حيث التيسيل فان ينو انه لماء المطر فهو لماء المطر وان ينو انه يسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم ينو ان قبل شهادتهم أيضا و يكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود و بقيت الصفة مجهولة فيتمين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعي بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برى وان نكل يقتضى بالنكول كما في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا يمينه لاحد منهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم

**فصل** وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفوا فلا يخلو اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالفي درهم وقال المشتري اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وتراداسواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الالف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يحلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادوا يبدأ يمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبي يوسف الآخر وفي قوله الاول يبدأ يمين البائع ويقال انه قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشد انكارا من البائع لا نه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ بيمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما امضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما صاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه انعقد بيمينين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الأصل المهور في الثابت بيمينين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضي وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهم لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه



الله لا يمنع ويرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما في عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده  
لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبيغ في الثوب والبناء والغرس في  
الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة  
بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة تمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة  
متولدة من الاصل كالولد والارث والعرق فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل  
كالهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعاً فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود  
المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا تحالفوا ليرد المشتري المبيع  
دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الخنث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة  
فاما اذا تغيرت الى النقصان فيرد المشتري فنذ كرحمته ان شاء الله تعالى فهذا اذا كانت السلعة قائمة فاما اذا كانت  
هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان حلف  
لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار  
القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل يمنع التحالف  
عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة  
والسلام التحالف مطلقاً عن شرط قيام السلعة فلا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه  
الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على  
المقيد ما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان  
التحالف حال قيام السلعة ثابتاً بنصين وحال هلاكها ثابتاً بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب  
العمل بهما جميعاً ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو  
الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام وأوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو  
وجب يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود  
عليه هو المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعي عليه  
شيئاً فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً الا ان انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة  
والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد ثابت في النص الاخر أيضاً دلالة لانه  
قال عليه الصلاة والسلام وترادوا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة مثبتاً بالخبر  
المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلاً عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك  
السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلاً حتى لو اشترى عشرين فقبضهما ثم هلك أحدهما  
ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ  
من ثمن الهالك شيئاً فينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصّة الهالك  
ويتحالفان على القائم ويترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان  
هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لا يبي يوسف لان المانع من التحالف هو  
الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقدير الحكم بقدر العلة ولا يبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا  
الا اننا عرفنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها منقياً بالحديث  
المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالخبر والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع  
ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً فينئذ يتحالفان لانه رضى ان يكون الثمن كله بمقابل القائم فيخرج الهالك

عن العقد كانه ما وقع العقد عليه واما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكماً بان خرج  
عن ملك المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكماً يلحق بالهالك حقيقة وقدم الاختلاف فيه وسواء خرج  
كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فخرج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان  
التحالف هنا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان رضى البائع ان يأخذ الثمن وحصة الخارج  
من الثمن بقول المشتري فينبذ يتحالفان على الثمن ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند  
أبي يوسف فاما عند أبي حنيفة فلا يتحالفان في الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيقي لا يمنع التحالف  
عنده فالحكمي أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفوا عنده  
فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه رد المشتري القيمة ان لم يكن مثلياً والمثل ان كان مثلياً وان هلك بعضه  
بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرراً وفي تشقيصه عيب فالبايع بعد  
التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر في  
تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فالبايع ان يأخذ الباقي ومثل الثمن ان كان مثلياً وقيمته ان لم يكن مثلياً ولو خرجت  
السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظر في ذلك ان كان العود فسخاً بان وجد به عيباً فرده  
بقضاء القاضى يتحالفان ويرد العين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسخاً بان كان ملكاً  
جديداً لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسخاً لا يبين ان الهلاك لم يكن والهالك  
يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه  
صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان  
فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقص المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن  
لم يتحالفوا عندهما سواء كان النقصان باقاً سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الاجنبي أو بفعل البائع  
لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبي حنيفة رضى الله  
عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان باقاً سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضى  
البائع ان يأخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً فينبذ يتحالفان ويترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع  
بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم  
على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالمبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي أو  
بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري مع عيبه هذا اذا اختلفا  
في قدر الثمن فاما اذا اختلفا في جنسه بان قال أحدهما الثمن عين وقال الآخر هودين فان كان مدعى العين هو البائع بان  
قال للمشتري بعث منك جاريتي بعدك هذا وقال المشتري للبائع اشترت يمامتك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة  
تحالفوا وتراد لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والساعة قائمة تحالفوا وتراد من غير فصل بين ما اذا كان  
الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول  
قول المشتري في الثمن مع عيبه وعند محمد يتحالفان وهي مسئلة هلاك السلعة وقدمت وان كان مدعى العين هو المشتري  
بان قال اشتريت جاريته بك بعدك هذا وقال البائع بعث يمامتك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة  
يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعاً ويرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك  
السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلا وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضاً لان البائع يدعى عليه  
ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلا المشتري يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان  
كل واحد منهما مدعياً من وجه منكر آمن وجهه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عينا والبعض ديناً والمشتري يدعى

الكل ديناً بأن قال البائع بعت منك جاريتي بعدك هذا وبالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائماً تحالفاً بالنص وان كان هالكاً فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عينا والبعض ديناً والبائع يدعى الكل ديناً بأن قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعدي هذا وبالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفاً وتراد بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً أجماعاً الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية مرد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الف وذلك ثلث الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عينا كانت يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو كان كل الثمن ديناً لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فاذا كان يدعى بعض الثمن عينا وبعضه ديناً يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فتقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع عينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضاً لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يضمن لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضي جميعاً فقال البائع الاجل شهر وقدمضي وقال المشتري شهران ولم يضيها فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضي فيجعل الاجل شهر المضي لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضي على ما مر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكماً فاما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو أحدهما ورثته الميت فان كانت الساعة غير مقبوضة تحالفاً وتراد لان للقبض شبهة بالعقد فكان قبض المعتقد عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجوز بينهما التحالف الا أن الوارث يخلف على العلم لا على البتات لانه يخلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعدم موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعتقد عليه كهلاك المعتقد عليه وهلاك المعتقد عليه يمنع التحالف عندهما فسكنا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكننا عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقى التحالف بعدهما كهما أو هلاك أحدهما من غير الخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فتقول لا يخلو المبيع من أن يكون عينا أو ديناً وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بالف درهم أو قال البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم تحالفاً وتراد لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراد وان كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفا فتقول اختلفا في الأصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (أما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (وأما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (وأما) ان اختلفا فيهما جميعاً فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فأما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (وأما) ان اختلفا في قدره (وأما) ان اختلفا في صفته (وأما) ان اختلفا في مكان إيفائه (وأما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفاً وتراد لان هذا الاختلاف في المعتقد عليه وأنه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الا في قول الآخر وهو قول محمد وروى السلم (وجه)



قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا في حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم إليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يحلف أصلاً إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضاً أنه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لأنه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين إلى القاضى يبدأ أيهما شاء وإن شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان إيفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا وقال المسلم إليه بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم إليه ولا يتحالفان عند أي حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الإيفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الإيفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الإيفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد إلا بالشرط لا يوجب التحالف كالأجل وعندهما مكان العقد يتعين مكان الإيفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الإيفاء عندهما فكان المكان داخل في العقد من غير شرط فيوجب التحالف وإن اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الأجل فنقول لا يخلو (أما) أن اختلفا في أصل الأجل (وأما) أن اختلفا في قدره (وأما) أن اختلفا في مضيه (وأما) أن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فإن اختلفا في أصل الأجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفوا وترادوا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفوا وترادوا لأن الاختلاف في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته ألا ترى أنه لا صحة للسلم بدون الأجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الأجل وصفاً للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف (ولنا) أن الأجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة لأن الصفة في الدين بمعقود عليه كالأجل والاختلاف في الأجل يوجب التحالف فكذا في الصفة وإذا لم يتحالفوا كان مدعى الأجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لأنه يدعى صحة العقد والمسلم إليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولأن المسلم إليه متعنت في انكار الأجل لأنه ينفعه والمتعنت لا قول له وإن كان هو المسلم إليه فالقول قوله عند أي حنيفة ويجوز السلم استحساناً والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس أن الأجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقاً عليه شرعاً وأنه منكر بثبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان أن المسلم إليه يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساده فكان القول قول من يدعى الصحة لأن الظاهر شاهد له إذا ظهر من حال المسلم اجتنب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية وإذا كان القول قوله في أصل الأجل كان القول قوله في مقدار الأجل أيضاً وقال بعضهم القول قوله إلى شهر لأنه أدنى الآجال فأما الزيادة على شهر فلا تثبت إلا بالبيعة وإن اختلفا في قدره لم يتحالفوا عندنا خلافاً لفرق القول قول رب السلم لما ذكرنا أن الأجل أمر يستفاد من قبله فيرجع في بيان القدر إليه وإن اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم إليه وصورته إذا قال رب السلم كان الأجل شهراً وقد مضى وقال المسلم إليه كان شهراً ولم يعض وان أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم إليه لأنهما لما تصادا على أصل الأجل وقدره فقد صار الأجل حجة للمسلم إليه فكان القول في المضى قوله وإن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم إليه في المعنى لأن الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم إليه في المضى هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما إذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفوا وترادوا أيضاً سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه إلا أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعاً لأنه المشتري وهو المنكر أيضاً وإن اختلفا فيهما جميعاً فكذلك تحالفوا وترادوا لأنهما اختلفا في المبيع والتمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف فقيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في الحبل فنقول والله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك في

المملوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به  
 حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه  
 الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في الحل اذا عرف هذا فتقول للمالك ان يتصرف في ملكه اى تصرف شاء  
 سواء كان تصرفا يتعدى ضرره الى غيره او لا يتعدى فله ان يبني في ملكه مراحضا او حماما او رحي او تنورا وله ان  
 يقعد في بنائه حداد او قصار وله ان يحفر في ملكه بئرا او بالوعة او ديماسا وان كان يهين من ذلك البناء ويتأذى به  
 جاره وليس لجاره ان يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يحبر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه  
 لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا ان الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه  
 الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه ولو فعل شيئا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه  
 لا صنع منه في ملك الغير وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو لغيره انهدم المملوك صاحب السفلى على بناء السفلى لانه ملكه  
 والا نسيان لا يحبر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلوان شئت فابن السفلى من مال نفسك وضع عليه  
 علوك ثم امنع صاحب السفلى عن الانتفاع بالسفلى حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيا لان البناء وان كان تصرفا في ملك  
 الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقا له شرعا وله حق الرجوع  
 بقيمة البناء مبنيا لان البناء ملكه لخصوله باذن الشرع واطلاقه فله ان لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعده له  
 وهو القيمة وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى ان في ظاهر الرواية يرجع بما أثقه وكذا ذكر الخصاص انه يرجع  
 بما أثق لانه لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفلى ولا ضرر لصاحب السفلى في بنائه بل فيه نفع صار مأذونا  
 بالا اتفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أثق وهذا بخلاف البئر المشتركة والدولاب المشتركة والحمام المشتركة  
 ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يحبر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به  
 بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والتزك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذى أبى العمارة تمتعتا محضا  
 فى الامتناع في دفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدما با أنفسهما فأما اذا هدم صاحب السفلى سفله حتى انهدم العلو  
 يحبر على اعادته لانه أتلّف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالا عادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين  
 دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يحبر واحد منهما على بنائه لما قلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان  
 شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنيا أو  
 نصف ما أثفته على حسب ما ذكرنا فى السفلى والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عريضا ولا يمكن كل  
 واحد منهما أن يبني حائطا على حدة فى نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عريضا يمكن قسمته وأن يبني كل واحد  
 منهما فى نصيبه حائطا يصلح لوضع الجذوع عليه فيناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه  
 بل يكون متبرعا لانه يبني ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة  
 عريضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفى القسمة جبرا  
 ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عريضا فان كان يقسم قسمة جبر لانه  
 لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لا حدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب  
 صاحب الجذوع يحبر الآخر على القسمة لانه فى الانتفاع تمتعت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط  
 حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يحبر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه فى وضع الجذوع فلا  
 يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يحبر على اعادته لما ذكرنا انه أتلّف محل حق أحدهما فيجب جبره على  
 الاعادة وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو لغيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح بابا أو يثبت كوة أو يحفر طاقا أو يقعد  
 وتدأ على الحائط أو يتصرف فيه تصرفا لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بأن أوجب وهن الحائض أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك ان لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفلى أن يحفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو اجماعاً وكذا إيقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلوان يحدث على علوه بناء أو يضع جذوعاً لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيافاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفلى أولاً وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفلى وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل اجماعاً منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجهه) قولهما أن صاحب السفلى يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستغلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لا نعدام تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولا في حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى أن نقل المرأة والمبجار من دار المالك إلى موضع آخر حرام وإن كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه أنه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما لحقته من الضرر لما أبيع لأن الضرر لا ينعدم رضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولاً وهناك لصاحب العلو متعلق بالسفلى فيحرم التصرف فيه إلا بآذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستغلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لا أن ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحقه إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً أو كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً ليسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لأن ذلك تصرف في حق الغير لا بطلان والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسهيل ميزابه على ظهره فلمهم ذلك لأن مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار رجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لأن فيه بطلان حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لأن عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً أو ميزاباً فنقول هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين إما أن كانت السكة نافذة وإما أن كانت غير نافذة فإن كانت نافذة فانه ينظر أن كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجهه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للتحرز عن الضرر ولا ضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولا في حنيفة رحمه الله أن اشراع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرف في حقهم لأن هواء البقعة والبقعة حقهم فكذا هوائها فإمكان الانتفاع بذلك تصرف في حق الغير وقدم أن التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام سواء أضر به أولاً لأنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الأذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الإنسان بآذنه مباح فإذا وقعت المطالبة بصرح النقض بطلت الدلالة فبقي الانتفاع بالمبنى تصرف في حق مشترك بين الكل من غير أذنهم ورضاهم فلا يحل هذا إذا كانت السكة نافذة فأما إذا كانت غير نافذة فإن كان له حق في التقديم فليس لأهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وإن لم



يكن له حق في التقديم فلهم منه سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا لما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

### ﴿ كتاب الشهادة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الشهادة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفي متعارف الناس في حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط في الأصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما) الأول فتلاثة أحدها أن يكون عاقلاً وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بالآلة الفهم والضبط وهي العقل والثاني أن يكون بصيراً وقت التحمل عند نفاذ يصح التحمل من الأعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لأن الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالشهود به وذلك يحصل بالسماع وللأعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة وقد روي عن الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لأن الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصماً إلا بالرؤية لأن النعمات يشبه بعضها بعضاً (وأما) البلوغ والحرية والسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ الصبي وعق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي قبل شهادتهم وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لولاه ثم عتق فشهد له قبل وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانث منه فشهدت له قبل شهادتها لأن تحملها للشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صار من أهل الاداء بالعتق واليمينونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لثمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لثمة الزوجة ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة واليمينونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبي العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشهدوا في تلك الحادثة بغيرها قبل (ووجه) الفرق أن الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد وردت فإذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجة في تلك الحادثة فقد أعادت تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة المردودة لا تحتل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لأنه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً وكذا الصبي والعبد لا شهادة لهما أصلاً فإذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدث لهم بالسلام والعتق والبلوغ شهادة وهي غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعين بنفسه لأن مبنى هذه الأشياء على الاشهاد فقامت الشهرة فيها مقام المعينة وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته واختلفوا في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشتر ذلك ويستفيض وتتوار به الاخبار عنده من غير تواطؤ لأن الثابت بالتواتر والحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معينة فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخفاف أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان محل له الشهادة بذلك استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الى التفرق بين الموت وبين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشتهار إلا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لا في الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول اني لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع وقال تقبل وذكر الطحاوي رحمه الله قول محمد بن أبي يوسف الآخر ووجهه أن الولاء لحمه كالحمه النسب ثم الشهادة بالسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعاً كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن جواز الشهادة بالسامع في النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلا بد من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالسامع وأما الشهادة بالسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية إلا أن مشايخنا أحقوه بالموت لأن مبنى الوقف على الاشتهار أيضاً كالموت فكان ملحقاته وكذا تجوز الشهادة بالسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا ولى بلد كذا وان لم يعين المنشور لأن مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد انسان يستعمله استعمال المالك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه محل له أن يشهد بالمالك لصاحب اليد لان اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل يشاهد في الاموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضاً أنه له وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعاً أنه لا تجوز للرأى الشهادة بالمالك لصاحب اليد حتى يراه في يده يستعمله استعمال المالك من غير منازع وحتى يقع في قلبه أنه له وذكر في الجامع الصغير وقال كل شيء في يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضى أن لا تحل له الشهادة بالمالك لصاحب اليد فهما الا اذا أقرأاً أنفسهما وانما أراد به العبد الذي يكون له في نفسه يدان كان كبيراً يعبر عن نفسه وكذا الامة لأن الكبير في يد نفسه ظاهر اذا الاصل هو الحرية في بني آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجادات والبهائم لانه لا يدلها فبقيت يد صاحب اليد دليل على الملك ولأن الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهر ان فلم تصلح اليد دليل فيه أما اذا كان صغيراً لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له في نفسه يد فيلحق بالعرض والبهائم فتحل للرأى الشهادة بالمالك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط ادعاء الشهادة فانواع بعضها يرجع الى الشاهد وبعضها يرجع الى نفس الشهادة وبعضها يرجع الى مكان الشهادة وبعضها يرجع الى المشهود به أما الذي يرجع الى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لأن من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكير ولا يوجد من الصبي عادة ولأن الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولا نه لو كان له شهادة للزمتة الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا ياب الشهاداء اذا مدعوا أى دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعاً ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء والشهادة شيء فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولأن الشهادة تجري مجرى الولايات والتمايكات أما معنى





عدالة لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب ويجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس  
 الفسق فسق ولا عدالة للناس والناسخة لان فعلهما محظور وأما المغني فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا  
 عدالة له وان كان هو لا يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالة لان ذلك  
 مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذي يضرب شيئاً من الملاهي فانه ينظر ان لم  
 يكن مستشنعاً كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالة وان كان مستشنعاً كالعود ونحوه سقطت عدالة  
 لانه لا يحل بوجه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالة وان كان يطيرها تسقط عدالة  
 لانه يطلع على عورات النساء ويشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالرندي فلا عدالة له وكذلك من يلعب  
 بالشطرنج ويعتاده فلا عدالة له وان اباحه بعض الناس لتجديد الخاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعباً  
 قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك اذا اعتاد  
 ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحياناً ولا يقامر به لا تسقط عدالة ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير  
 منزلة لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفافاً بها وهو انا بتر كما فلا عدالة له لان الجماعة  
 واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالة ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل  
 بعمل قوم لوط ولا للشارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس الحرة وأكل الربوا ونحوه  
 لان هؤلاء من رؤس الكفار ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن يمال من أين يكتسب  
 الدراهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زوراً طمعاً في المال والمعروف بالكذب لا عدالة  
 له ولا تقبل شهادته أبداً وان تاب لان من صار معروفاً بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه في توابعه بخلاف  
 الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهواً أو ابتلي به مرة ثم تاب لانه قل  
 ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسداد باب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلاً ولم يكن تركه الختان  
 رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولا ناسلامه اذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف  
 ولم يحتج تاركاً للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه  
 فاسقاً في تلك الحال وتقبل شهادته ولد الزنا اذا كان عدلاً لعمومات الشهادة لان زنا الوالدين لا يقدر في عدالة  
 لقوله سبحانه وتعالى ولا تزوروا زوراً أخرى وماروى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذا في  
 ولد معين والله تعالى أعلم وتقبل شهادته الخصى لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قبل  
 شهادة علقمة الخصى ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولا ان الخصاء لا يقدر في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة  
 وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلاً في هواه ودينه نظري في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة  
 الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه بجانة  
 لا تقبل أيضاً لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير ليرتجى هواه فكان فاسقاً فيه وكذا اذا  
 كان فيه بجانة لان الماخذ لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه يزجره عن  
 الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطايسة فانهم لا شهادة لهم لان من نحلهم انه نحل الشهادة لمن يوافقهم على  
 من نحلهم وقيل من نحلهم أن من ادعى أمر من الامور وحلف عليه كان صادقاً في دعواه فيشهدون له فان كان هذا  
 مذمومهم فلا تخلوا شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لانهم يحكمون بالالهام فيشهدون لمن يقع في  
 قلوبهم انه صادق في دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضي الله تعالى  
 عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقط للعدالة فشتيمتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه  
 الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار زرع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطه للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جريرة فان كانت من الكبائر سقطت عدالته إلا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لان الصغيرة بالاصرار عليها تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدالته اذا غلبت حسناته سيما أنه وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضي الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديلات والتركيب فليست بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله انها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جائز عنده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه اذا طعن الخصم في الشاهد أنه لا يكتفي بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن حال الشهود وكذا لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقال يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف في زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن أبي حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لانه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخير بقوله خير القرون قرني الذي أتاه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب الحديث فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح والسداد فوقع الغيبة عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوقع الحاجة الى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لا اختلاف الزمان فلا يكون اختلافا حقيقة ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة هنا الى الاثبات وهو إيجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولا يفي حنيفة بظاهر قوله عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أي عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمنين هذه الأمة بالوسطية وهي العدالة وقال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلا في المؤمنين وزوالها بعارض ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به إلا أن يطعن الخصم لانه اذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود محتال فيها للدرء ولوطعن المشهود عليه في حرية الشاهدين وقال انهم اريقان وقال نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريتهما لان الاصل في بني آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا في أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا اذا كانا مجهولين النسب لم تعرف حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربين فاما اذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقبتهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجود أم شرط القبول مطلقا وجوبا ووجود أم فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجود على الاطلاق وجوبا لا شرط أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعي عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلا دونها حتى ان القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحرر بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحرر واذا شهد بحرية القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة الفاسق أصلا وكذا ينعتد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعتد (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج في انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والقاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن ترضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو القاسق شاهداً ولان حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا الحاجة الى شهادتهم عند الجحود والانكار لان النكاح يشهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة القاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فممكن لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق ويستكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضي الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقلة الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي مقابلي كلمة العدل وهي كلمة الاسلام والقاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرتهم ومنها أن لا يكون محدوداً في قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامى على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحدود في القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملاً بالنصوص كلها بصيانة لها عن التناقض وكذلك الذي اذا قذف مسلماً فحدد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين وبمثله العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حدد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعترق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمي قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهي شهادته على أهل الاسلام لانهم لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد أبطل ذلك على التأييد ولو ضرب الذمي بعض الحد فأسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد في حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لأن الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة روايتين اخرين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً في الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثران وجد أكثر الحد في حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان لاكثر حكم الكل في الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل في حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد فهي مسألة شهادة القاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين في القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعي رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعاً وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لا تدفع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وهذا يجعل بحضرة المحدودين في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول والانعقاد ينفصل



عن القبول في الجملة وأما المحدثون في الزنا والسرقة والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلاً والقياس  
أن تقبل شهادة المحدث في القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأيد ومنها أن لا يجز الشاهد الى  
نفسه مغماً ولا يدفع عن نفسه مغماً بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغم ولا لدافع المغم ولأن  
شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهماً ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم  
ولانه اذا جاز النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد  
وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لأن الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى  
جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي عن النبي عليه الصلاة والسلام  
أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج  
لزوجته وأما سائر القربات كالأخ والعمة والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لأن هؤلاء ليس لبعضهم تسلط  
في مال البعض عرفاً وعادة فالتحقيق بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد  
من الرضاع لوالده من الرضاع لأن العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالاجانب ولا تقبل  
شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاهما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي  
رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص بحقوقه تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من  
رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوي عدل منكم وقوله عظمت كبريائه ممن ترضون من الشهداء من غير فصل  
بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغم  
ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجز المغم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهداً  
لنفسه ما روينا من حديث الخصاص رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم قلنا ان أحد الزوجين في  
الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهداً فلا تنزه له العمومات وكذا لا تقبل  
شهادة الاجير له في الحادثة التي استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشرعيين  
لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان رجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على  
الميت بدين ألف درهم فشهادة القرينين باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله  
جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للمشاهدين  
بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما داراً أو عبداً وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة القرينين  
جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله أن كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهماً في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل  
فريق فالقرين الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهداً لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به  
لأن نعمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصماً لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا  
ظنين ولانه اذا كان خصماً فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصي للميت واليتم الذي في حجره  
لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالماً بالمشهود به وقت الاداء ذكره عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة  
لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضي به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه)  
قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحصل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أدائها واذا  
أدائها تقبل ولأن النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصاً عند طول المدة بالشئ لأن طول المدة ينسى فلو شرط  
تذكر الحادثة لاداء الشهادة لا نسد باب الشهادة فيؤدي الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولا يبي حنيفة رحمه الله قوله  
تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد ولا

فدفع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن  
الخط للتد كخط لا يذ كر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضى في ديوانه شيئاً  
لا يذ كر ديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل  
القاضى ثم استقضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الاول ولم يذ كر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما  
له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التي ترجع الى نفس الشهادة فأشأنها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من  
الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدي معنى الشهادة تعبداً غير معقول المعنى ومنها أن تكون  
موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفته لا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند  
امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعدر التوفيق انفردت عن الدعوى  
والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك في مسائل اذا ادعى ملكاً بسبب  
ثم أقام البيئة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكاً مطلقاً ثم أقام البيئة على الملك بسبب تقبل (ووجهه)  
الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على  
وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى باقامة البيئة على الملك المطلق مكذباً بشهوده في بعض  
ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل يناقى الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معاً في محل  
واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البيئة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق  
على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصر المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شئ  
لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى القاضى خمسة فشهد الشهود على الف انه تقبل البيئة على الف لما قلنا كذا  
هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البيئة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً في يد رجل انه ورثها من أبيه  
ثم أقام البيئة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو  
الصدقة ثم أقام البيئة على الارث لا تقبل بيئته لان الشهادة خالفت الدعوى لا اختلاف البيئتين صورة ومعنى أما  
الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البيئتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال  
كنت اشتريت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب منى وقبضت وأعاد البيئة  
تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب بشهوده ويصير هذا في الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه  
اعادة البيئة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبي الا أنه جحد اني فاشتريت منه أو وهب  
لي فانها تقبل لزوال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البيئة على  
الشراء بالف درهم لا تقبل لان البدل قد اختلف واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البيئة على  
عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشتريت بالعبء الا انه جحدني الشراء به فاشتريته  
بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزوال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق في مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم  
ثم جاء ودعى التوفيق فاما اذا لم يقم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم أقام البيئة  
على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بيئته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيئة على  
انه له لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولاً انه لى لا ينفي قوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق  
الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً قبلت البيئة بخلاف الفصل الثاني لان قوله هو لفلان  
وكلني بالخصومة فيه ينفي قوله بعد ذلك هو لى لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكل بالخصومة فيه بقوله  
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لى اقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل ولو ادعى  
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيئة على انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولاً انه لفلان

وكنى بالخصومة فيه كما ينفي قوله انه لى ينفي قوله انه لفلان آخر وكنى بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل  
الاول باع من الموكل الثاني ثم وكنى الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذى القعدة انه اشترى منه  
هذه الدار في شهر رمضان بالف ونقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق بالدار على المدعى في شعبان لا تقبل بينته  
لان دعوى التصديق في شعبان تنافي الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق  
غير ممكن فلا تقبل وان أقام البينة على التصديق في شوال ووفق فقال جحدني الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى  
داراً في يدي رجل انها له وأقام البينة على أنها كانت في يدي المدعى بالامس لا تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل ويؤمر  
بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البينة على انها كانت ملكا للمدعى تقبل بالاجماع (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله  
ان البينة لما قامت على انها كانت في يده فالاصل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولا ان الثابت بالبينة  
كالثابت بالمعينة ولو ثبت بالمعينة أو بالقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجهه) ظاهر الرواية ان  
الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولا ان اليد قد  
تكون محقة وقد تكون مبطلّة وقد تكون يدملك وقد تكون يدأمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة  
بخلاف الملك والمعينة وبخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه  
للقضاء بالمحتمل ولو أقام البينة انها كانت في يده بالامس فاخذها هذامنه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى  
للخارج لانه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً في يدي رجل انه  
ورثها من أبيه وأقام البينة على انها كانت لابيّه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه امان شهدوا ان الدار كانت  
لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثاً له واما ان قالوا انها كانت لابيّه مات وتركها ميراثاً له واما ان قالوا انها كانت  
في يد أبيه يوم الموت واما ان أثبتوا من أبيه فعلاً فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله  
لا تقبل الشهادة وعلى قول أبي يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيّه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون  
هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف على ما روى عنه في الامالى ينبغي أن تقبل (وجهه) قوله ان الملك متى  
ثبت لابيّه بشهادتهم فلا يصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كالمشهدوا انها كانت لابيّه يوم الموت  
أيضاً (وجهه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكاً كائناً والشهادة وقعت بملك كان  
لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لا حكماً لدليل الثبوت لان  
دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استحصال الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا  
انها كانت لجده فعندهم لا يقضى بهما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جده وتركها لابيّه ثم مات أبوه وتركها ميراثاً له  
وعند أبي يوسف ينظر ان علم ان الجدمات قبل الاب يقضى بهاله وان علم ان الاب مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقض  
بها ولو شهدوا انها لابيّه لا يقضى بهاله منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذي ذكرنا وهو  
الصحيح فانه روى عن أبي يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيّه مات وتركها  
ميراثاً له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والترك ميراثاً له وهو تفسير  
الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت في يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق  
اليدين من الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فاذا مات فقد  
ترك فثبت الملك له في المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يدملك كان الملك ثابتاً للمورث عند  
الموت وان كانت يدأمانة انتقلت يدملك اذا مات مجهلاً لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب  
الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا ثبت لبيد المشهود من الاب فعلا في  
العين عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلاً هو دليل اليد واما ان يكون فعلاً ليس هو دليل اليد والفعل



الذي هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل في الثقليات كاللبس والحمل أو فعل يوجد للنقل عادة كالركوب في الدواب أو فعلاً يوجد في الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى في الدور والفعل الذي ليس بدليل اليد هو فعل ثبت في الثقليات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل ليس بفعل للملاك غالباً فيما لا يقبل كالنوم والجلوس في الدار وأشياء ذلك فإن كان فعلاً هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الاب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت وإن كان فعلاً ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم يوجد دليل اليد التي هي دالة الملك وعلى هذا يخرج ما اذا اقام المدعى البينة ان أباه مات في هذه الدار انها لا تقبل لانه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالباً لان الدار قد يموت فيها المالك وقد يموت فيها غير المالك من الزوار والضيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لا يس هذا القميص أو لا يس هذا الخاتم تقبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد عند الموت أطلق محمد رحمه الله في الجامع الجواب في الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان الخاتم في خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه اذا كان فيما سواهما من الاصابع لا تقبل الشهادة لان استعمال الملاك في الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاجعله فيما سواهما من الاصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا جعل المودع الخاتم في خنصره أو بنصره فضاع من يده يضمن لما انه استعمله ولو جعله فيما سواهما من الاصابع فضاع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح اطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش أو نائم عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به انه يكون بينهما نصيفين وهذا دليل ثبوت يدهما عليه قيل له انما قضى به بينهما نصيفين لدعواهما انه في يدهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجد النقل غالباً على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتهيأ بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة النقل فكان دليل اليد ولو شهدوا أنه مات وهو ساكن في هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروى) عن أبي يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (وجهه) ان فعل السكنى في الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلاً على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد في الغالب من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيا بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملاً له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئاً لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره ويحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ريح به فالتفت على رأسه فوقع الشك في النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا يثبت اليد بالشك ثم نقول اذا شهد الشهود انها كانت لايه مات وتركها ميراثاً للورثة فلا يخلو اما ان قالوا هادوارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هادوارثه لا نعلم ان له وارثاً غيره واما ان قالوا هادوارثه ولم يقولوا الارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هادوارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحساناً والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لا حتمال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فذع (وجهه) الاستحسان ان قولهم لا وارث له غيره معناه في متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثاً غيره أولاً وارث له غيره في علمنا ولو نص على ذلك تقبلت شهادتهم فكذلك هذا والله سبحانه أعلم (وأما) الوجه الثاني وهو ما اذا قالوا هادوارثه لا نعلم له وارثاً غيره

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا واث له غيره  
 لانهم لو لم يقولوا لا واث له غيره احتمل ان يكون له واث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامة لان الشاهد انما  
 تحل له الشهادة بما في علمه ونفى واث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا  
 ولو قالوا لا نعم له واثا غيره في هذا المصر أو في أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجهه)  
 قولهما ان قولهم لا نعم له واثا غيره في هذا المصر لا ينفي واثا غيره لجواز ان يكون له واث آخر في مصر آخر ولا يبي  
 حنيفة رحمه الله انه لو كان له واث آخر في موضع آخر لعلموه لان واث الانسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان  
 التخصيص والتعميم فيه سواء ثم اذا شهدوا انه واث له لا وراث له غيره أو شهدوا انه واث له لا نعم له واثا غيره أو لا نعم  
 له واثا غيره في هذا المصر على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه فانه يدفع كل التركة اليه سواء كان الواث ممن لا يحتمل  
 الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وراثته فيسقط اليه جميع  
 الميراث الا اذا كان زجا او زوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع  
 لانهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الواث كنفيل  
 بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انه واث له ولم يقولوا لا واث له غيره ولا قالوا لا نعم له واثا غيره فانه ينظر  
 ان كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع اليه شئ لجواز ان يكون ثمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان  
 كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوجة فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين  
 عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللزوجة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللزوجة  
 الثمن في ظاهر الرواية عنه (وجهه) قول محمد رحمه الله ان النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاوجة وفي وجود  
 المزاوجة شك فلا يثبت النقصان بالشك ولا يبي يوسف رحمه الله ان الأقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا تثبت  
 الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللزوجة ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة  
 فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملا للزوج الخمس وللزوجة ربع  
 التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة أبوان وبنتان وزوج أصل المسئلة من اثني عشر للأبوين  
 السدسان أربعة للبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت القرية من خمسة  
 عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للميت أبوان وبنتان وزوجة  
 أصل المرأة من أربعة وعشرين للأبوين السدسان ثمانية للبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة  
 أسهم فصارت القرية سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى  
 فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربعة لا تستقيم فتضرب أربعة في تسعة ويكون ستة  
 وثلاثين سهما تسعها أربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه  
 الثالث اذا كان الواث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال اليه هل يؤخذ منه كنفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة  
 لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجهه) قولهما ان أخذ الكنفيل لصيانة الحق والحاجة مست  
 الى الصيانة لاحتمال ظهور واث آخر فيؤخذ الكنفيل نظراً للوارث كما في رد الآبق واللقطة الى صاحبها  
 ولا يبي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر للجال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لانه قد يظهر واث  
 آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة  
 للمجهول غير صحيحة وانما أخذ الكنفيل بتسليم الآبق واللقطة فقد قيل انه قولهما ان في المسئلة وايتان فاما  
 عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكنفيل على اناسنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد انما يأخذ الكنفيل  
 لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير

وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرايت لو لم يجد كفيلاً كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخذ الكفيل ظلماً على أن مذهبه أن ليس كل مجتهد مصيباً إذا الصواب لا يحتمل أن يكون ظلماً فدلّت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع إلى المشهود به فيها أن تكون الشهادة بمعلوم فإن كانت بمجهول لم تقبل لأن علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فلم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما إذا شهد رجلان عند القاضي أن فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره أنه لا تقبل شهادتهما لأنهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الورثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثاً غيره أو أخوه لآبيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره وقوله لا يعلمون له وارثاً غيره لئلا يتلوم القاضي لأنه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل بأن في الزيادات يعرف عمه أن شاء الله تعالى ومنها أن يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحمل له الشهادة وإن رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما أن رأى خطه وختمه له أن يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لأن الشهادة لا تصير حجة ملزمة إلا بقضاء القاضي فتخصص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فأنواع أيضاً منها) الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعى بنفسه أو نائبه لأن الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعى ولا يتحقق قوله إلا بدعواه إما بنفسه وإما بنائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى كسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقاً لله تعالى إلا أنه شرطت الدعوى في باب السرقة لأن كون المسروق ملكاً لغير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعاً ولا يظهر ذلك إلا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد أنه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على أن عتق الأمة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطالع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا بشهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم يأتوا باربعة شهداء ولأن الواجب على الشاهد إقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا أقوامين بالقسط شهداء لله ولا تتبع الشهادة لله إلا وإن تكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم أن في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لأن من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تحمل شهادته عن جر النفع إلى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العدد في الشهادة ليكون كل واحد مضافاً إلى قول صاحبه فتصفو الشهادة لله عز شأنه ولأنه إذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان لأن الإنسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليزد كالبعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في إقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة أن تفضل إحداها فتذكر إحداها أخرى ثم الشرط عدد المثني في عموم الشهادات القائمة على ما يطالع عليه الرجال إلا في الشهادة بالزنا فإنه يشترط فيها عدد الأربعة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم يأتوا باربعة شهداء وقوله تعالى فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ولأن الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار ثم عدد الاقرار الأربعة شرط ظهور الزنا عندنا فكذا عدد الشهود الأربعة بخلاف سائر الحدود فإنه لا يشترط العدد في الاقرار لظهورها فكذا في الشهادة ولأن عدد الأربعة في الزنا ثبت نصاً بخلاف القياس لأن خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الأربعة في احتمال الكذب مثل عدد المثني لم يدخل في حد التواتر لكتاعرفناه شرطاً بنص خاص معدولاً به عن القياس فبقى سائر الأبواب على أصل القياس وأما فيما لا يطالع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس



بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكفي فيه امرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الاربع ووجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفى باقل من رجلين فلا يكتفى باقل من أربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبداً غير معقول المعنى لان خير من ليس بمعصوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً وبقيناً وانما يفيد غالب الرأى وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا ان اعرنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فثبتت حالة الا نفراد عن الرجال على أصل القياس وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة قبلت لانه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شطري الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في العقد فهوان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهوان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فتحوما اذا ادعى رجل على رجل الف درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالالف والآخر بالف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً وعندهما تقبل على الف ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الف بالاجماع ووجه قولهما ان الشهادة لم تحالف الدعوى في قدر الف بل وافقتا بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الف لما قلنا كذا هذا ولا يفي حنيفة رحمه الله ان شرط الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم واسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شهادة على ما دخل تحت الدعوى فانقررت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى الف وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الف لان الف والخمسمائة اسم لعددین الا ترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما باقراده داخل تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مصادراً فاذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الف فيقتضي به للمدعى لقيام الحجة عليه بخلاف الف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الف المفردة داخلة تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليهما شهادة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وافق فقال كان لي عليه ألفان الا انه كان قد قضاني الف ولم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى الف فشهد أحدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وافق فقال كان لي عليه الف وخمسمائة الا انه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وافق فقد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالف درهم وهو ينكر فشهد شاهدان بالقبول وآخر بالف ادعى انه باعه بالف وخمسمائة  
فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والاخر بالف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا في البذل واختلاف البذلين  
يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين  
فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لو كان المشتري مدعياً والبائع مدعى عليه لما قلنا فان كان هذا في الاجارة ينظر ان كانت  
الدعوى من المؤاجر في مدة الاجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين  
فلا تقبل كما في باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه  
حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستاجر  
لا تقبل سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في النكاح فان كانت الدعوى  
من المرأة فهذا دعوى المال عند أبي حنيفة عليه الرحمة حتى انها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد  
لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والاخر بالف تقبل والنكاح جائز بالف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز  
النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو  
كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم العمد على مال فان كانت الدعوى من  
الزوج أو من المولى أو ولي القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل  
لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا  
تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان المكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة  
في الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقرار لا يمنع القبول وان كان في الاقاعيل من القتل والقطع والغصب  
وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار مما يحتمل التكرار فيمكن  
التوفيق بين الشهادتين لسماحه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل  
والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب  
اختلاف الشهادتين فيمنع القبول والله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما  
على القرض والاخر على القرض والقضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء في ظاهر الرواية وروى  
عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضاً لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذي  
شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقى على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر  
الرواية لان الشهادتين اختلفا في القضاء لا في القرض بل اتفاقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد بالقضاء فسخ  
شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذي يرجع الى  
المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روى  
عن الزهري رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى  
عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مناهما على الدرء والاسقاط بالشهادتين  
وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة وقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف  
سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البذل من شهادة الرجال والابدال في باب الحدود  
غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والاثوثة ليست بمناعة  
بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة فاستشهدوا بشهيد من رجالكم  
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليست  
بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعي رضي الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعي رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورية لانها جعلت حجة في باب الديانات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لا تدفع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم يجعل حجة في باب الحدود والقصاص وكذا لم يجعل حجة بافرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من لشهادة على الاطلاق فاقتضى ان يكون لهم شهادة في سائر الاحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعا منهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة لانها لم تجعل حجة فيما يدرب بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها لما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الاثوة يصير مجبوراً بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا لموصوف بالتعليط ولا يتغلط الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالا حصان جاز جوعه كما انه لو أقر بالزنا رجوع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلائلها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط لما عرف في أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على انه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الأمة اجماعاً ولا في عتق العبد عند أبي يوسف ومحمد وان كان لا يتقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حقيق الله تعالى في هذا الوقت على ما عرف في الخلافات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلماً حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) اذا كان المشهود عليه كافراً فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت ملهم أو اختلفت بعد ان كانوا عداً ولا في دينهم وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلاً واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً نفى الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلاً وفي قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لا نه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وانه منفي ولان العدالة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين والمسلم على المسلم شهادة فكذلك الذي على الذي فظاهره يقتضى أن يكون للذي على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصاً من عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة



الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليجعلوا احوالهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والا نكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت ملهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على المجوسي وقال ابن أبي ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل يقضى حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذي من أهل دار الاسلام فاختلفت الداران فلم تقبل شهادة الذمي عليه بالنص الذي رويناه وصار حكم المستأمن مع الذمي في الشهادة كحكم الذمي مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم وملهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الراحة في الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحقق انه من مسيره لا يبقى الریح من الجحى عنه من مثله عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكر هناك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصل في الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضى الى القاضى لانه في معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط في الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى الا في العبد الا بق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تقبل فيه أيضاً على ما ذكر في كتاب أدب القاضى (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان القروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء لتمكن الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا عكنت في مجلس فكان فيها زيادة ليست في شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرة أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف إقامتها ولهذا شرط عدد الاربع في الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكراه في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم يقول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع في صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحمل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرتومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتي اني أشهد ان فلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان فلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان فلان على فلان كذا أشهدك على شهادتي هذه وأمرك ان تشهد على شهادتي هذه فاشهد وأما شرائط التحمل هذه الشهادات فاذكرنا في عموم الشهادات وأما الذي يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان فلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقل أشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معانينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (وجه) الفرق ان القروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائرها بطريق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ما شهدت أو كما شهدت أو على ما شهدت لا يصح التحمل لم يقل على شهادتي لان معنى التحمل والابانة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدي الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذم لا يتقلها الى القاضي الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيها من النساء (وأما صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فال مختصر ان يقول شهد فلان عندي ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والابانة يتأدى بقوله أشهدني على شهادته فكان قوله أمرني بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فاذكرناه كسائر الشهادات والذي يخص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائباً مسيرة سفر أو رمياً لا يستطيع محضر بحسب القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكنوا رجالين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضي ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشترط الذكورة والاصل في عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله تمكن شبهة في شهادتهن ليست في شهادة الرجال واشترط الاصاله في الشهادة لتمكين زيادة شبهة في شهادة الفروع ليست في شهادة الاصول وهو الشبهة في الشهادتين على ما ذكرنا فشرط ذلك احتيالا لدرء ما يندري بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فتبت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونه اقوامين بالقسط شهداء لله الا ان في الشهادة القاطنة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب باسم لقوله تعالى ولا يرب الشهداء اذا ما دعوا أي دعوا لاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذي أوتى أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة واعتاق عبد والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة بحسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طالب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقه وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد بحسبة لله تعالى وبين ان يستتر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وقد نده بالشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضي لان الشهادة عند اجتماع شرائطها مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبت ما يترتب عليهما من الاحكام

### كتاب الرجوع عن الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع الى مال الشاهد والثاني يرجع الى نفسه أما الذي يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب أما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لأن الضمان في الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الاتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت اتلافاً انعدت سبباً لوجوب الضمان والاتلاف وعلى هذا يخرج ما إذا شهد ا على رجل بالف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما المار جعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبب الى الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالا كراه على إتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه ( فان قيل ) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يردده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لأن الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود له لوجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به نقد دليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت ظاهر بالشك والاحتمال فبقى القضاء ماضياً على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للثمة اذ الثمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى الثمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر في التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذ رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسييما الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهد ا على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقر بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافاً فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمننا ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيئاً من المهر لكنها أكدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتملاً للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلاً فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكدة للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالحرم اذا أخذ صيداً فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكد للجزاء الواجب على المحرم اذ لو لا ذبحه لا حتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فزال المؤكدة بمنزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهد ا على رجل أنه أعقب عبداً أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الأمة لمولاه لانهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الأمة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتاق قد عفيه والولاة لمن أعقب فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضاً لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا اتلافاً بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الأمة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من



أحد وجهين أما أن لم يكن معها ولد وأما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو وأما أن رجعا في حال حياة المولى وأما أن رجعا بعد وفاته أما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنأ وتقوم أم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلغا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلغا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وإن كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلغا عليه ألا ترى أنه لو لا شهادتهما لكان الولد عبد الله فهما بشهادتهما أتلغا عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فإذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان في زعم الولدان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركه وان لم يكن له تركه فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركه لا يؤخذ من مال الوارث وإن كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لانهما أتلغا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذهما من الميراث لانهما ما أتلغا عليه الميراث لما نذر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع في حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فان لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما في الرجوع وإن كان معه شريك في الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلغا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد لانهما لا يظلم الا في زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبد أو أمة وتركه فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الأمة من الميت وصدقهما الولد والأمة وأنكر الابن فقضى القاضي بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والأمة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلو تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلغا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلغا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه دبر عبده فقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنأ ويقوم مدبرا فيضمنان النقصان لانهما أتلغا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فإذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لانه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبد الانهما أتلغا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلث قيمته عبد اقتنا للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلغا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد ثلث قيمته اذا أسروا ولو شهدا أنه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخر ان بالدخول ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان التلف حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لا امرأته ان دخلت الدار فانت طالق وشهد آخر ان بالدخول ثم رجعا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بازنا وشهد آخران بالا حصان ثم رجعا فالتزمان على شهود الزنا على شهود الا حصان لان الا حصان شرط ولو  
شهد انه قتل فلا خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لانهما اتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة منهما بمنزلة  
الاقرار منهما بالا تلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو اقر اصر يحاول هذا الورجعا في حال المرض اعتبر اقرارا بالدين حتى  
يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقرار وكذا الوشهاد انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد  
لما قلنا وكذا الوشهاد عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فمقتطعت يده ثم رجعا فقد روى أن شاهدين شهدا عند سيدنا  
على كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فمقتطعت يده ثم جاء الشاهدان بأخره قالا أو همتا أن السارق  
هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضي الله عنه لا أصدق كما على هذا وأغرمتكم دية يد الاول ولوعلمت أنكما تعمدتما  
لتمتعت أيديكما وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلا ناعمد أفضى  
القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه  
قطع يد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلا تسيبها لانها تفضى الى وجوب القصاص وانه  
يفضى الى القتل فكانت شهادتهما تسيبها الى القتل والتسيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالا كراه على القتل  
(وانا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسيبها الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسيبها لان ضمان  
العدوان الوارد على حق العبد مقيّد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسيبها بخلاف الا كراه على  
القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالا كراه القتل مستعمل الا كالا كراه على ما عرف على  
أن ذلك وان كان قتلا تسيبها فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعى تخصيص القرع يحتاج الى الدليل وعلى  
هذا يخرج ما اذا شهدا على ولي القتيل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية  
لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا  
ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكره  
يضمن بالا كراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من  
الثالث ولو كان مالا اعتبر من الثالث كما اذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولي القتيل لان  
شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولي القتيل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى  
نفسا تساوى ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لاننا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولي  
القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما  
اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يحجده فقضى القاضي  
بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب  
فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة  
وقوع الشهادة اتلافا ولا تصير اتلافا الا اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا الا به (ومنها) مجلس  
القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البيعة على رجوعهما لا تقبل  
بينته وكذا لا يمين عليهما اذا أنكر الرجوع الا اذا حكيا عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة  
انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان  
لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالا تلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بالف درهم ومهر  
مثلهما ألقان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا لانهما اتلفا عليها منفعة البضع  
والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الجارة وكذا الوادعت امرأة على رجل  
أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهدا شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنان للزوج شيئا لانهما بشهادتهما

اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لأنهما بشهادتهما اتلفا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فإن كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لأن الاتلاف بعوض يكون اتلافا بصورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بالف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا أنه ينظر أن كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لأن شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وإن كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري والمسئلة بحالها أن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وإن كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لأن شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هذا يخرج ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر أن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمن الزوج شيئا وإن اتلفا عليه عين المال لأنهما اتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لأنه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوجه من ابنته امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لأن الأب لا يملك على ابنته معاوضة مال بما ليس بمال وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لا يعتبر من الثلث كالنكاح دل أن البضع يعتبر مالا في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الاتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وإن كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لأنهما اتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما إذا ادعى رجل على امرأة أنه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا أنهما يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهما اتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلا لأن البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الأب لا يملك أن يخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من ماله يضمن ولو كان مالا لملك لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المرأة إذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لا يعتبر من جميع المال كفي سائر معاوضات المال بالمال وإذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل أنه أجر داره من فلان شهر بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فاما أن كان في أول المدة ينظر أن كان أجر الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو اتلفا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لأن المنفعة في باب الجارة لها حكم عين المال وإن كانت أجره مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لأن التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وإن كانت الدعوى بعد مضي مدة الجارة فعليهما ضمان الجارة لأنهما اتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح والى القاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا أنهما لا يضمنان شيئا للقاتل لأنهما اتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لأن النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصالح النفس عوضا لا تعتبر من الثلث دل أن هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان إلا إذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لأن تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخرج هذه المسائل على فصل التسبب لأن ما قبله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى في وجوب الضمان الرجوع



عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت الفروع وثبتت الاصول يجب الضمان على الفروع لوجود الاتلاف  
منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجعت الاصول وثبتت الفروع فلا ضمان على الفروع لانعدام الرجوع عنهم وهل  
يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال محمد يجب (وجه) قوله أن الفروع  
لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكانهم حضروا بانفسهم  
وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من الفروع لا من الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم  
يشهدوا حقيقة وانما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة  
منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على الفروع عندهما ولا شيء على الاصول  
لوجود الشهادة من الفروع حقيقة لا من الاصول وعند المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء  
ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا  
ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين  
عند أبي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضى بشهادتهم ثم رجع المزككون ضمنوا  
عنده وعند همار جوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان  
التركية ليست الا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان  
لا يوجب الضمان كذا هذا ولا يوجب حنيفة أن التركية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة  
انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتركية ألا ترى أنه لو لا التركية لما وجب القضاء فكانت  
الشهادة عاملة بالتركية فكانت التركية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان  
شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فلا يصل أن مقدار الواجب منه  
على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يقتدر بقدر العلة والعبرة فيه لبقاء من بقى من الشهود بعد  
رجوع من رجع منهم فان بقى منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من  
أحد وان بقى منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجمين ضمان قدر التالف بالحصص فتقول بيان هذه الجملة  
اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود  
أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة  
فعلينهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم  
نصف المال لان النصف بقى بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف  
بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي بقاء  
امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة ارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع  
وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد  
رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها  
بمنزلة واحدة لان القاضى لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان  
الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل  
واحد لا شيء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثلاثا  
ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقى ثلاثة ارباع بقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة  
الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثلاثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثلاث أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه  
على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ماتلف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعا للضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما  
عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجهه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر  
الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافا ولا يبي  
حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداسا ولو رجع الرجل وحده  
ضمن نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرم من نصف المال لأن النصف  
محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لأن الحق  
بقي محفوظا برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لأنه بقي بثبات رجل وامرأة  
ثلاثة أرباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل  
والثلث على المرأة لأن تسع نسوة تحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة  
فكان بينهما اثلاثا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على  
المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما  
اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اخماس عند أبي حنيفة خمسه على الرجل وثلاثة  
اخماسه على النسوة لأن الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة كذا ذكرنا أن لهن  
شطر الشهادة وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج  
ما إذا شهد شاهدان أنه طلق امرأته ثلاثا والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا  
فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لأن شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لأن كل المهر يتأكد  
بالدخول وللمؤ كدحكم الموجب على مامر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لأن نصف المهر يتأكد بالطلاق  
على ما ذكرنا والمؤ كدللوا يجب في معنى الواجب فشاهد الدخول اتفرد بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه  
الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة أرباع على شاهدي الدخول فاما الذي  
يرجع الى نفسه فنوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وحملته الكلام  
فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا اما أن يكون من جميع الشهود واما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا  
يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلا نكاح كلامهم قبل القضاء انعقد قضا  
لا شهادة إلا أنه لا يقام الحد عليهم لئلا لا احتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فإذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي  
قذفا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلا نكاح كلامهم وان صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفا بالرجوع  
فصار وبالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في أنهم يحدون اذا كان الحد جلد او ان  
كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم وجه قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن  
كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصارك كما لو قذفوا صريحا ثم مات المذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف  
بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده وانما يصير قذفا وقت الرجوع  
والمقذوف وقت الرجوع ميت فصارق قذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء  
لا ضمان أصلا لعدم الاتلاف أصلا وأما بعد الامضاء فان كان الحد رجما ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم  
اتلافا أو اقرارا بالاتلاف وان كان الحد جلد اقليل عليهم ارش الجلدات اذا لم يمت منها ولا الدية ان مات منها عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافا بطريق التسبيل لأنها تقضي الى القضاء  
والقضاء يقضي الى اقامة الجلدات وانما تقضي الى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافا الى الشهادة فكانت  
اتلافا تسييا وهذا الوجه وبالقصاص أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولا يبي حنيفة عليه

الرحمة أن الأثر حصل مضافاً إلى الضرب دون الشهادةتين لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لأن الضرب الجارح غير مستحق في الجحد فلا يكون الجرح مضافاً إلى شهادتهم والثاني أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبب إليه وإضافة الأثر إلى المباشرة أولى من إضافته إلى التسبب إلا أنه لا ضمان على بيت المال لأن هذا ليس خطأ من القاضي ليكون عطاؤه في بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهته ههنا فلا شيء على بيت المال هذا إذا رجعوا جميعاً فاما إذا رجع واحد منهم فإن كان قبل القضاء يحدون جميعاً عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة قذفاً لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الاربعة وإنما ينقلب قذفاً بالرجوع ولم يوجد إلا من أحدهم فينقلب كلامه قذفاً خاصة بخلاف ما إذا شهد ثلاثة بالزنا منهم يحدون لأن هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفاً (ولنا) أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة القضاء ألا ترى أنها لا تصير حجة إلا به قبله يكون قذفاً لا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمي منهم إلا أنه لا يقام لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء ولثلاث يؤدي إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفاً فيحدون وصار كالمالك كان الشهود من الابتداء ثلاثة فأنهم يحدون لوقوع كلامهم قذفاً كذا هذا وإن كان بعد القضاء قبل الامضاء فأنهم يحدون جميعاً عندهما وعند محمد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لا اتصال القضاء به فلا ينقلب قذفاً إلا بالرجوع ولم يرجع إلا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفاً فلم يصح رجوعه في حق الباقيين فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء في باب الحدود من القضاء بدليل أن عمى الشهود أوردتهم قبل القضاء كما تمتع من القضاء فبعده تمتع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعاً بخلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وإن كان بعد الامضاء فإن كان الحد جدياً يحد الراجع خاصة بالاجماع لأن رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقيين فاقتلبت شهادته خاصة قذفاً فيحد خاصة وإن كان الحد رجماً أو مات المقتول يحد الراجع عند أصحابنا خلافاً لزفر وقد مرت المسئلة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لما قلنا وأما بعد الامضاء فإن كان الحد جدياً فلا شيء على الراجع من أرش السياط ولا من الدية إن مات عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب وإن كان رجماً غرم الراجع ربع الدية لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادته الزرع هذا إذا كان شهود الزنا أربعة فاما إذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فإن القاضي يقيم الحد على المشهود عليه بما بقي من الشهود لأن الاربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وإن أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية إن مات المرجوم لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الزرع فيضمنانه وإن لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبي حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسئلة والثاني وجوب التعزير في عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعتمد شهادة الزور وظهر عند القاضي بقراره لأن قول الزور جناية ليس فيها ميسرة القذف حد مقدر فتوجب التعزير بخلاف بين أصحابنا وإنما اختلفوا في كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهيراً في سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضم إليه ضرب أسواط هذا إذا تاب فأما إذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال أني شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فإنه يعزر بالضرب بالاجماع احتجاجاً بما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولأن قول الزور من أكبر الكبائر وليس إليه ميسرة القذف بالزنا حدم مقدر فيحتاج إلى أبلغ الزاجر ولا في حقيقته رحمه الله ما روي أن شريحاً كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضايه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ولأن الكلام فيمن أقر أنه



شهد بزور نادما على ما فعل لا مصراً عليه والندم توبة على لسان رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان  
 مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضي الله عنه  
 محمول عليه توفيقاً بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء السادس و يليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي ﴾

## ( فهرست الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع )

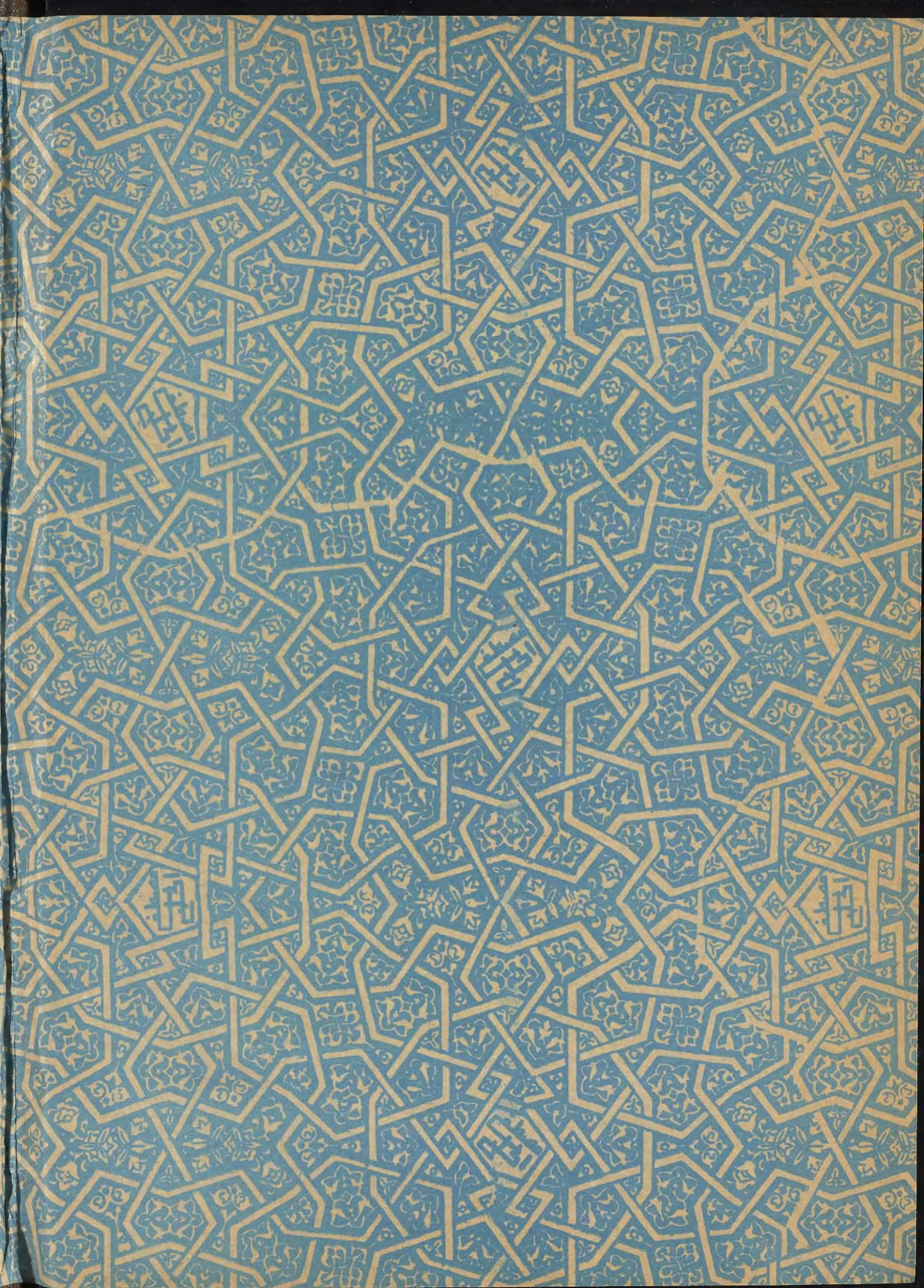
| صفحة | موضوع                                   | صفحة | موضوع                                             |
|------|-----------------------------------------|------|---------------------------------------------------|
| ٧٨   | فصل وأما بيان ما يبطل به عقد الشركة     | ٢    | كتاب الكفالة                                      |
| ٧٩   | كتاب المضاربة                           | ٥    | فصل وأما شرائط الكفالة                            |
| ٧٩   | فصل وأما ركن العقد الخ                  | ١٠   | فصل وأما بيان حكم الكفالة                         |
| ٨١   | فصل وأما شرائط الركن الخ                | ١١   | فصل وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة        |
| ٨٦   | فصل وأما بيان حكم المضاربة              | ١٣   | فصل وأما رجوع الكفيل                              |
| ١٠١  | فصل وأما صفة هذا العقد                  | ١٥   | فصل وأما ما يرجع به الكفيل                        |
| ١٠١  | فصل وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال   | ١٥   | كتاب الحوالة                                      |
| ١١٢  | فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة   | ١٧   | فصل وأما بيان حكم الحوالة                         |
| ١١٥  | كتاب الهبة                              | ١٨   | فصل وأما بيان ما يخرج به الحال عليه من الحوالة    |
| ١١٨  | فصل وأما شرائط                          | ١٩   | فصل وأما بيان الرجوع                              |
| ١٢٧  | فصل وأما حكم الهبة                      | ١٩   | كتاب الوكالة                                      |
| ١٣٥  | كتاب الرهن                              | ٢٠   | فصل وأما بيان ركن التوكيل                         |
| ١٣٥  | فصل وأما شرائط                          | ٢٠   | فصل وأما شرائط فأنواع                             |
| ١٤٥  | فصل وأما حكم الرهن                      | ٢٤   | فصل وأما بيان حكم التوكيل                         |
| ١٥٤  | فصل وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون   | ٣٢   | فصل الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به |
| ١٥٥  | فصل وأما شرائط كونه مضمونا عند الهلاك   | ٣٧   | فصل وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة        |
| ١٧٤  | فصل وأما حكم اختلاف الراهن والمرتهن     | ٣٨   | كتاب الصلح                                        |
| ١٧٥  | كتاب المزارعة                           | ٤٠   | فصل وأما شرائط الركن فأنواع                       |
| ١٧٦  | فصل وأما ركن المزارعة                   | ٤٢   | فصل وأما شرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع  |
| ١٧٦  | فصل وأما شرائط الخ                      | ٤٨   | فصل وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع         |
| ١٧٧  | فصل وأما الذي يرجع الى الزرع            | ٥٣   | فصل وأما بيان حكم الصلح الخ                       |
| ١٧٧  | فصل وأما الذي يرجع الى المزرع           | ٥٤   | فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح                    |
| ١٧٧  | فصل وأما الذي يرجع الى الخارج           | ■    | فصل وأما بيان حكم الصلح                           |
| ١٧٨  | فصل وأما الذي يرجع الى المزرع فيه       | ٥٦   | كتاب الشركة                                       |
| ١٧٩  | فصل وأما الذي يرجع الى ما عقد عليه      | ٥٧   | فصل وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة            |
| ١٧٩  | فصل وبيان هذه الجملة الخ                | ٥٨   | فصل وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع              |
| ١٨٠  | فصل وأما الذي يرجع الى آلة المزارعة الخ | ٦٥   | فصل وأما حكم الشركة                               |
| ١٨٠  | فصل وأما الذي يرجع الى مدة المزارعة الخ | ٧٧   | فصل وأما صفة عقد الشركة                           |
| ١٨٠  | فصل وأما شرائط المنفعة للمزارعة الخ     |      |                                                   |
| ١٨١  | فصل وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة      |      |                                                   |

| صحيفة                                                | صحيفة                                              |
|------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
| ١٨٢ فصل وأما حكم المزارعة الفاسدة                    | ٢١٤ ﴿كتاب العارية﴾                                 |
| ١٨٣ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة الخ | ٢١٤ فصل وأما الشرائط التي يصير الركن بها اعادة الخ |
| ١٨٤ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة              | ٢١٤ فصل وأما بيان حكم العقد الخ                    |
| ١٨٤ فصل وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة الخ          | ٢١٦ فصل وأما صفة الحكم الخ                         |
| ١٨٥ ﴿كتاب المعاملة﴾                                  | ٢١٧ فصل وأما بيان حال المستعار                     |
| ١٨٦ فصل وأما الشرائط المفسدة للمعاملة                | ٢١٨ فصل وأما بيان ما يوجب تغير حالها               |
| ١٨٧ فصل وأما حكم المعاملة الصحيحة الخ                | ٢١٨ ﴿كتاب الوقف والصدقة﴾                           |
| ١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة الفاسدة الخ                | ٢١٩ فصل وأما شرائط الجواز                          |
| ١٨٨ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخها            | ٢٢٠ فصل وأما الذي يرجع الى الموقوف الخ             |
| ١٨٨ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة              | ٢٢٠ فصل وأما حكم الوقف الجائر                      |
| ١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة المنفسخة الخ               | ٢٢١ وأما الصدقة الخ                                |
| ١٨٨ ﴿كتاب الشرب﴾                                     | ٢٢١ ﴿كتاب الدعوى﴾                                  |
| ١٩٢ ﴿كتاب الاراضي﴾                                   | ٢٢٢ فصل وأما الشرائط المصححة للدعوى                |
| ١٩٦ ﴿كتاب المفقود﴾                                   | ٢٢٤ فصل وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه           |
| ١٩٦ فصل وأما بيان ما يصنع بماله                      | ٢٢٤ فصل وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل بها          |
| ١٩٧ فصل وأما حكم ماله الخ                            | ٢٢٥ فصل وأما حجة المدعى والمدعى عليه               |
| ١٩٧ ﴿كتاب اللقيط﴾                                    | ٢٢٧ فصل وأما بيان كيفية التمين                     |
| ١٩٧ فصل وأما بيان حاله                               | ٢٢٩ فصل وأما حكم أدائه                             |
| ٢٠٠ ﴿كتاب اللقطة﴾                                    | ٢٣٠ فصل وأما حكم الامتناع                          |
| ٢٠٠ فصل وأما بيان أحوالها الخ                        | ٢٣١ فصل وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن           |
| ٢٠٢ فصل وأما بيان ما يصنع بها                        | المدعى عليه                                        |
| ٢٠٣ ﴿كتاب الابق﴾                                     | ٢٣٢ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين                    |
| ٢٠٣ فصل وأما بيان ما يصنع به                         | ٢٥٢ فصل وأما بيان ما يظهر به النسب                 |
| ٢٠٣ فصل وأما بيان حكم ماله                           | ٢٥٥ فصل وأما صفة النسب الثابت                      |
| ٢٠٤ فصل وأما شرائط الاستحقاق الخ                     | ٢٥٥ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين الخ                |
| ٢٠٥ فصل وأما بيان من يستحق عليه الخ                  | ٢٥٩ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك       |
| ٢٠٥ فصل وأما بيان قدر المستحق الخ                    | ٢٦٣ فصل وأما بيان حكم الملك والحق الثابت الخ       |
| ٢٠٦ ﴿كتاب السباق﴾                                    | ٢٦٦ ﴿كتاب الشهادة﴾                                 |
| ٢٠٦ فصل وأما شرائط جوازه الخ                         | ٢٦٦ فصل وأما الشرائط الخ                           |
| ٢٠٧ ﴿كتاب الوديعة﴾                                   | ٢٨٢ فصل وأما بيان ما يلزم الشاهد الخ               |
| ٢٠٧ فصل وأما شرائط الركن الخ                         | ٢٨٢ فصل وأما بيان حكم الشهادة                      |
| ٢٠٧ فصل وأما بيان حكم العقد                          | ٢٨٣ ﴿كتاب الرجوع عن الشهادة﴾                       |
| ٢١١ فصل وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه           |                                                    |











COLUMBIA UNIVERSITY



0026816067

893.799

K15

v. 6

JUN 1 1961



